

TESE DE DOUTORAMENTO

**EL DERECHO COMO CIENCIA: UNA
APROXIMACIÓN DESDE LA
EPISTEMOLOGÍA SOBRE EL
CARÁCTER DE CIENTIFICIDAD DEL
DERECHO Y SU PRAXIS**

Christian Escobar Jiménez

ESCOLA DE DOUTORAMENTO INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EN LÓXICA Y FILOSOFÍA DA CIENCIA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2017



TESE DE DOUTORAMENTO

**EL DERECHO COMO CIENCIA:
UNA APROXIMACIÓN DESDE
LA EPISTEMOLOGÍA SOBRE EL CARÁCTER
DE CIENTIFICIDAD DEL DERECHO Y SU
PRAXIS**

Fdo. _____

Christian Escobar Jiménez

ESCOLA DE DOUTORAMENTO INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EN LÓXICA Y FILOSOFÍA DA CIENCIA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2017



Aceptación del tutor

D. Xavier de Donato Rodríguez, Profesor do Facultade de Filosofía da Universidade de Santiago de Compostela

D. Jesús Vega López, Profesor da Facultade de Derecho da Universidad de Alicante

Como Directores da Tese de Doutoramento titulada "El derecho como ciencia: una aproximación desde la epistemología sobre el carácter de cientificidad del derecho y su praxis"

Presentada por D. Christian Escoobar Jiménez, alumno do Programa de Doutoramento en Loxica e Filosofía de la Ciencia

Autorizan a presentación da tese indicada, considerando que reúne os requisitos esixidos no artigo 34 do regulamento de Estudos de Doutoramento, e que como Directores da mesma non incurre nas causas de abstención establecidas na lei 40/2015.

En Santiago de Compostela, a 2 de novembro de 2017.



Xavier de Donato Rodríguez

Asdo.:



Jesús Vega López

Asdo.:



Agradecimientos

Agradezco a Xavier y Jesús por su supervisión y recomendaciones



**El derecho como ciencia: una aproximación desde la epistemología
sobre la cientificidad del derecho y su praxis**

Christian Escobar Jiménez

Directores:

D. Xavier de Donato Rodríguez

D. Jesús Vega López

Santiago de Compostela

2017

El derecho como ciencia: una aproximación desde la epistemología sobre la cientificidad del derecho y su praxis

Resumen

Este trabajo se centra en el análisis del estatuto epistémico del derecho y en una crítica a su presunción de cientificidad. Desde la tradición greco-romana, se reconoce al derecho como un tipo de saber normativo de carácter contingente y prudencial, cuya función cognosctiva está íntimamente relacionada a la aplicación técnica, a convertirse en una praxis social de enorme sofisticación que, si bien guarda elementos similares a la *episteme*, su función prescriptiva práctica le otorga una racionalidad propia diferente a la racionalidad científica. De esta forma, se hace un recuento histórico del pensamiento jurídico en torno a la idea de la cientificidad del derecho, examinando los diferentes discursos y su justificación. Se comparan las características principales del derecho con aquellas de la ciencia, como la función explicativa, racionalidad, criterios de demarcación, entre otros; no solo para establecer las debidas distancias entre el derecho y la ciencia, sino para dilucidar su contenido epistémico.

Palabras clave

Epistemología del derecho, derecho como ciencia, racionalidad jurídica y normatividad, derecho y pseudociencia

Summary

This work focuses in the analysis of the epistemic statute of law and in a critic of its presumption of scientificity. From the Greco-Roman tradition, law is recognized as a kind of normative knowledge of a contingent and prudential nature, whose cognitive function is closely linked to technical application, to become in a social of enormous sophistication, that although it keeps similar elements to the *episteme*, its practical prescriptive function grants to it a rationality of its own, different from scientific rationality. Along these lines, a historical account of legal thought is made around the idea of the scientificity of law, seeing different discourses and their justification. The main characteristics of law are compared with those of science, like those of its explanatory function, rationality, demarcation criteria, etcetera, not only to establish the proper distances between this discipline and the sciences, but also to elucidate its epistemic content.

Key words

Epistemology of law, law as science, rationality and normativity in law, law and pseudoscience



Contenido

1.1 Una breve historia de las ideas en torno a lo jurídico.....	8
1.1.2 Derecho romano	13
1.1.3 Derecho medieval	18
1.1.3.1 Pluralismo jurídico y político	20
1.1.3.2 Derecho de influjo romano	20
Los glosadores medievales y la escuela de Bolonia	21
1.2 La discusión en torno a la cientificidad del derecho	22
1.2.1 El debate entre iusnaturalismo e iuspositivismo	23
1.2.2 Los primeros debates sobre la cientificidad.....	29
1.2.3 Respuesta al historicismo y empirismo.....	34
1.2.4 Una oposición fundamental dentro del positivismo jurídico: realismo vs formalismo jurídicos	36
1.2.4.1 El positivismo de Hans Kelsen	37
1.2.4.2 El realismo de Alf Ross	49
1.2.5 Diferentes modelos que explican la cientificidad del derecho	57
1.3 Definición del derecho	62
1.3.1 Varias definiciones del derecho	63
1.3.2 Hacia una definición de la naturaleza epistemológica del derecho.....	74
1.3.3 Hacia una definición del derecho.....	78
1.4. Ciencia y práctica del derecho	81
1.4.1 <i>Phronesis</i> y <i>Prudentia</i> en la razón jurídica	81
1.4.2 Dogmática como ciencia del derecho	89
1.4.2 Dogmática jurídica y técnica jurídica	98
1.5 Breve resumen y conclusiones.....	99
2 CUESTIONES SOCIALES EN LA.....	101
EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO	101
2.1 Un problema para la sociología y los estudios políticos	103
2.1.1 Fuerza de ley	103
2.2 Un problema de la sociología del derecho.....	107
2.2.1 Los juristas como comunidad de científicos	111
2.3 La legitimidad del derecho	114

2.3.1 Ficción jurídica y ciencia como legitimidad	115
2.3.2 ¿Por qué hablar de una ciencia del derecho?	120
2.4 Campo y sistema social	124
2.4.1 El campo de lo neutro	124
2.4.2 Sistema social y racionalidad	129
2.4.3 El derecho como convención	134
2.5 A modo de conclusión	137
SEGUNDA PARTE	139
EL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO	139
3 EL DERECHO VISTO DESDE	140
LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA	140
3.1 Criterio de demarcación y pseudociencia	140
3.1.1 Pseudociencia y derecho	154
3.1.2 Sobre tal “voluntad de verdad”	156
3.1.3 Un caso inverso: el derecho pensando la relación entre ciencia y pseudociencia	158
3.2 Características fundamentales de la ciencia	161
3.3 Racionalidad científica y racionalidad jurídica	178
3.3.1 Racionalidad en la ciencia	181
3.3.2 Racionalidad jurídica	186
3.3.2.1 Dos perspectivas sobre la racionalidad del derecho	189
3.4 Normatividad científica y normatividad jurídica	193
3.4.1 Normatividad científica	197
3.4.1.1 La naturaleza de las leyes	202
3.4.2 Principales tipos de leyes	204
3.4.3 Breve comparación final entre las leyes del derecho y las leyes de la ciencia	211
3.4.2 Normatividad jurídica	212
3.4.3 Otra aproximación sobre la normatividad	215
3.5 Ficción científica y ficción jurídica	216
3.5.1 La ficción en la ciencia	216
3.5.1.1 Modelos y ficciones	220
3.5.1.2 El papel de las metáforas en los modelos	222

El término griego <i>metáfora</i> (μεταφορά) significa traslación, traslado (Rivadulla, 2006), desplazamiento. El análisis de las metáforas en la ciencia puede haber empezado con el trabajo de Max Black de 1966 <i>Models and Metaphors</i>	222
3.5.2 Ficciones jurídicas.....	223
3.6 Breve resumen y conclusiones del capítulo	226
BIBLIOGRAFÍA.....	236
Bibliografía clásica.....	236
Bibliografía	238





CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDOS
DE DOUTORAMENTO E AVANZADOS
DA USC (CIEDUS)



Prólogo

A partir de la Constitución del año 1998, se considera al Estado ecuatoriano como un país pluricultural, y, ateniéndose a la Convención 169 de la OIT¹ (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos y Nacionalidades Indígenas, del cual el país es signatario, se reconoce la posibilidad de que los pueblos y nacionalidades tengan decisión sobre los recursos y organización jurídica y política de sus territorios ancestrales, subordinándose, sin embargo, al Estado unitario y a su Constitución. Este reconocimiento conllevó a la creación paulatina de un marco legal, aún hoy bastante general, para que el llamado “derecho indígena” cohabite con el derecho común, en este caso el ecuatoriano, de corte positivista, heredero de la tradición franco-romana.

Bajo este marco jurídico, en el año 2002 ocurre un hecho significativo que constituye una de las causas que dan origen a este trabajo. En este año, en la comunidad *kichwa* de la Cocha, en la provincia de Cotopaxi, ubicada a unos 150 kilómetros al sur de Quito, un miembro de la comunidad es asesinado por otros comuneros.² Tomando en cuenta que todos los involucrados pertenecían al mismo pueblo y que la muerte sucedió en los territorios de la nacionalidad, siguiendo las prácticas jurídicas propias y al amparo de la Constitución y de la Convención 169, la Asamblea comunitaria inició las investigaciones del caso, y, en una resolución en la que participaron alrededor de 3.000 personas, los culpables fueron sentenciados a penas acordes a la costumbre del derecho indígena de esa zona del país.

Tiempo después, en desconocimiento de lo actuado por la Asamblea, el fiscal distrital de la provincia de Cotopaxi empieza una causa en contra de los tres implicados en el asesinato, violentando no solo la Constitución y la Convención de la OIT, sino también desacatando uno de los principios fundamentales del derecho occidental: *ne bis in idem* – no dos veces sobre lo mismo (Cabanellas, 1992: 175), es decir que una misma causa no puede ser juzgada dos veces.

Entre otros factores, la razón principal esgrimida por el fiscal para abrir nuevamente el caso y desconocer lo actuado por la Asamblea, es la naturaleza del proceso, que no se acogía a los principios jurídicos elementales del sistema normativo ordinario. De acuerdo al fiscal, no

¹ Este convenio fue presentado en 1989 por la OIT y trata sobre derechos de pueblos indígenas y tribales. En la actualidad existen 22 países signatarios.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

² *Kichwa*, deriva del *kichwashimi* – “lengua de las personas o los comunes”, que es el segundo dialecto más hablado del idioma quechua en América del Sur y es conocido como quechua del norte. También es el nombre particular que las comunidades quechua parlantes del territorio ecuatoriano han adoptado como constitutivo de identidad, para diferenciarse de sus pares del sur: peruanos, bolivianos y argentinos. Ecuador se divide políticamente en 24 provincias y el Estado es republicano de tipo unitario, por lo que, a su vez, todas las decisiones jurídicas y políticas dependen del Estado central, lo que crea un conflicto inherente en el reconocimiento de derechos a pueblos y nacionalidades.

solo la sentencia dada por la Asamblea era irrisoria para un delito odioso como un homicidio³, sino que también, los procedimientos de investigación, y del proceso en cuanto tal, no obedecían a la ortodoxia jurídica, no eran “científicos”. El fiscal apela ante el juez competente para que se anule la sentencia comunitaria. Al no obtener resultados favorables, eleva su petición a la Corte Suprema de la Provincia de Cotopaxi, bajo el siguiente argumento:

...compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito de justicia del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. Non bis in ídem (sic) es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas. Tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley. (citado por Bonilla Urvina, 2009: 58)

Y otro argumento, de parte del juez de la Corte Provincial de Cotopaxi que atendió la petición del fiscal distrital y anuló la sentencia de la Asamblea comunitaria, usando criterios similares a los ya expuestos:⁴

Somos jueces de mente y espíritu abierto a todas las innovaciones que garanticen los derechos de los seres humanos en general, no solo de la clase indígena. El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido obra de espíritus selectos, de mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos. Los pueblos de la tierra desde los albores de la humanidad han venido luchando para que los principios y las normas de convivencia entre los hombres se vayan perfeccionando, abandonando, poco a poco, aquellas prácticas salvajes de hacer justicia, hasta llegar a través de mucho esfuerzo y no pocas vicisitudes, a la justicia que hoy por hoy aplica todo pueblo civilizado. Mas aquí en la Función Judicial están apareciendo fementidos innovadores, pseudo-modernistas que preconizan y defienden la justicia indígena, es decir, aquella justicia en que se castiga al hombre con penas salvajes como el linchamiento, el baño en agua helada, el ortigamiento,⁵ los latigazos y en muchos casos la muerte y el ostracismo, penas infamantes que son una afrenta a la dignidad humana, retornando, en esta forma, al primitivismo que creíamos superado. (citado por Poveda Moreno, 2008: 180)

De ambos criterios, se puede reconocer, al menos dos tendencias para establecer un discurso homogeneizador. El primero relacionado a la legitimidad jurídica emanada por el Estado unitario entendido como garante del bien común, en donde las justicias particulares – como el caso de la justicia indígena –, desplegadas en jurisdicciones específicas no pueden romper tal unidad. La misma Constitución ecuatoriana (2008), reconoce tal derecho a la autodeterminación de los pueblos, siempre subordinada a la unidad del Estado y al orden inferior de prelación de las justicias particulares, en relación a los derechos humanos.

³De acuerdo al Código Penal vigente de aquel entonces, los acusados podían haber sido sentenciados a una pena máxima de 16 años de reclusión mayor; mientras en la Asamblea, al ser encontrados culpables, los acusados debieron pagar una indemnización a los familiares de la víctima y pasar por el escarnio público. La idea que aparentemente subyace a esta sentencia es la restitución de los acusados a la comunidad, mientras la acción de la justicia ordinaria sería básicamente punitiva. De acuerdo a Elisa Cruz Rueda (2009), es inevitable que el derecho indígena tenga complejas imbricaciones con el positivo, pero existen elementos y órdenes de justiciabilidad específicos y diversos en los cuales la actuación de las resoluciones de este tipo de derecho se enmarcan. Al parecer, en este caso, la restitución pesa más que la punición.

⁴ El párrafo aquí incluido es parte de una carta que dirige el juez provincial (los nombres se omiten) al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, órgano encargado de determinar la constitucionalidad de las acciones desplegadas por los diferentes órganos de justicia.

⁵ Se llama “ortigamiento” a una práctica punitiva tradicional de los Andes, en la cual se azota con una planta llamada “ortiga” (*urtica*) y que por lo general se realiza en la plaza como medida de escarnio público.

La segunda tendencia es la que motiva este trabajo y se pregunta sobre la legitimidad del derecho ordinario basado en el quehacer jurídico desarrollado por expertos, peritos, científicos, que difiere de aquellas acciones “empíricas” (asumimos que el fiscal distrital quiso decir “no sistemáticas” o “no basadas en teorías jurídicas”) y que tribunales establecidos *ad hoc* no cuentan con el instrumental dogmático, técnico-jurídico que toda la tradición occidental ha desarrollado para romper con el “primitivismo” de tales juzgados.

Más allá de lo sucedido con este caso en particular, cabe señalar la posición del fiscal, nominando a la justicia indígena – y en extensión a su derecho – como “delirio empírico”, que, a diferencia del derecho ordinario, no está conformado por un cuerpo ordenado positivamente, y por ello, carece de “cientificidad”. El orden de justicia indígena “es visto como un rezago de épocas pasadas, como una entidad ‘no científica’, ‘antimoderna’” (Bonilla Urvina, 2009: 59)

Aquello que Weber (1922/2014) denomina “racionalidad jurídico-burocrática”, ejemplificada en los Estados actuales, ha sido una de las características fundamentales de la modernidad, en las que el derecho funciona como expresión máxima de tal racionalidad. Los argumentos esgrimidos por el juez, nos recuerdan la famosa Ley de los Tres Estados de Comte (1842-2004), en la que se concibe a la humanidad como un cuerpo que atraviesa una historia que va desde la oscuridad de las sociedades teológicas y supersticiosas, pasa por la etapa de la filosofía y llega al tercer y último estadio, aquel en el que los saberes científicos y racionales se imponen sobre sus fases previas, suponiendo una acumulación irrestricta del saber (muchas veces endilgada a “lo científico”) y basado en una ineluctable linealidad de la historia.

Por supuesto, el objeto aquí no es tratar o refutar estas aseveraciones, sino dejar constancia del contexto en el cual persiste una “actitud” de los profesionales del derecho, acerca de la jerarquía superior de su conocimiento por sobre otros ordenamientos jurídicos. Sospecho, basados en sus propias argumentaciones que le adjudican la cualidad de científico a lo jurídico.⁶

Si partimos del supuesto de que el derecho, cualquiera que éste fuese, es un tipo particular de convención (habría que dirimir de qué tipo), podríamos preguntarnos en qué se basan los juristas para sostener que el derecho ordinario es superior a la convencionalidad indígena. La respuesta, en este caso particular, está dada en la pretensión de legitimidad que parte de la racionalidad de corte cientificista (lo que no necesariamente implica que sea una ciencia) del derecho ordinario y sus productos normativos. Esta actitud constituye una forma de poder, que busca legitimar la validez del saber jurídico, entre otras cosas (más allá de la propia legitimidad que tiene por ser parte del Estado nación) por la condición epistémica del derecho en cuanto tal.

Asumimos que esta actitud no es una cuestión privativa de un grupo de salvajes juristas trasnochados que se encargan de refutar las actitudes antiteóricas e ilegales de los juicios de

⁶ Tampoco puede ser tomado como un caso aislado, pues un suceso similar ocurre en el año 2010 en la misma comunidad, al amparo de una Constitución más garantista (La Constitución de la República del Ecuador de 2008) y con mayor instrumental de análisis de la problemática. Sucesos similares se repiten constantemente en el enfrentamiento entre procederes ajenos a la institucionalidad jurídica tradicional, no solo en Ecuador, sino en países como Colombia, Bolivia, Guyana, México, etc. (Cruz Rueda, 2009).

valor de otros personajes aún más salvajes. No parece ser una cuestión exclusiva del proceder de los juristas de un país remoto y antimoderno, en contra de las falencias de su propia condición, sino que es un presupuesto que pretende validar y legitimar su saber más allá de la legitimidad del contractualismo estatal.⁷ No por nada, Manuel Atienza (2014) nos dice que la discusión sobre la cientificidad del derecho está bastante extendida entre los herederos del derecho continental europeo, en donde es una preocupación fundamental de la llamada dogmática jurídica.⁸

Lo que concierne a este trabajo en particular es preguntarse por qué persiste la presunción de cientificidad por parte del derecho y la jurisprudencia ordinaria, en dónde se sustenta tal postura y cuáles son los principios epistémicos que quieren sostenerla. Lo que aquí se intenta es entender el estatus epistemológico del derecho a la luz de las teorías más importantes de la epistemología y de la filosofía de la ciencia.

Sin necesidad de entrar en la discusión sobre el porqué algo que es científico tiene tal o cual estatus, asumiendo su importancia en el contexto de las sociedades modernas, nos preguntamos ¿por qué se pretende que el derecho sea una ciencia especial, tal como la física, la biología, la química? O ¿por qué busca enmarcarse entre los saberes de las llamadas ciencias sociales, como la economía, la sociología o la antropología? Y, en el caso de ser una ciencia, ¿de qué tipo, en qué orden de ciencias se ubica de acuerdo a su objeto y método de análisis; dada la materia con la que trata, dónde ubicarlo, dentro de las ciencias formales o de las ciencias fácticas?

Si bien, en un sentido amplio, estas preguntas pueden parecer una obviedad, incluso una perogrullada, la mayoría de tratados de derecho dan por sentado el estatus de ciencia del saber jurídico, sin preguntarse el porqué de tal presunción; idea que podría tener serias implicaciones en la legitimación de los marcos de poder inseparables del derecho.

Si bien, la pregunta sobre la cientificidad del derecho cobra relevancia a partir de los siglos XVIII y XIX, su problematización como saber se puede rastrear desde el propio derecho romano, en los glosadores medievales o entre los políticos contractualistas, ya sean iusnaturalistas o iuspositivistas. Con el surgimiento del Estado moderno, como hecho concreto, al fin de la Edad Media, las discusiones sobre el saber jurídico y su naturaleza constituyen puntos de partida importantes para la materia que nos convoca.

Ya en los siglos XVIII y XIX, en los albores de la disputa seminal entre iuspositivistas e iusnaturalistas, cuando los saberes buscan separarse de la metafísica o la filosofía, el propio derecho va buscando su lugar entre las ciencias, su método, su sistema, su carácter, pues las grandes preguntas de la propia filosofía del derecho es la naturaleza misma de este saber normativo. Sin embargo, en un punto determinado, a la luz de la propia filosofía de la ciencia, como saber de segundo orden acerca de las ciencias, poco se ha dicho sobre el derecho y su estatus epistémico. Este trabajo pretende, más allá de hacer una aproximación a la problemática, presentar posturas particulares con respecto a varios aspectos fundamentales

⁸ Siguiendo la exposición de Comte, Bolívar Echeverría (2001) nos dice que la modernidad, que tiene como producto al Estado y a su derecho, tiende a adjetivarse como bueno, en la medida en la que todo lo nuevo, es decir, lo racional y científico, lo es.

entre la ciencia y la jurisprudencia, como la racionalidad, ficcionalismo, método, normatividad, convencionalidad, etc.

Este trabajo se divide en dos partes. En la primera, se revisan los antecedentes históricos y filosóficos del derecho. Se hace un repaso de la influencia del mundo heleno, muchos de los cuales serán recogidos por el derecho romano, que servirá de base para el surgimiento de la Escuela de Bolonia, durante los siglos XII y XIII, y el estudio y aplicación del llamado *mos italicus*. El legado romano y los diferentes derechos de pueblos germanos, que darán origen al derecho consuetudinario – eje del *common law* -. Se estudia la discusión entre positivistas y naturalistas jurídicos, que conjuntamente con los legados antiguos constituirán el centro de la disputa alrededor de la condición científica del derecho, discusión que surge en Alemania en el siglo XVIII. A partir de la llamada escuela historicista alemana comienza un amplio debate sobre la pertinencia del legado romano y el estatuto epistémico del discurso jurídico. Por ello, a partir del siglo XVIII, se analizan autores como Doneau, Savigny, von Ihering, von Kirchmann, Stammler, etc.

Después se estudian dos enfoques diferentes dentro del positivismo jurídico, la corriente formalista de Hans Kelsen y la corriente empirista de Alf Ross. A partir de allí, se repasan diferentes modelos que discuten la científicidad del derecho y se busca crear parámetros mínimos para el debate. Con diferentes concepciones del derecho, como las de Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Grocio, Kant, Hegel, Marx, Pound, Hart y Bobbio se hace una caracterización propia de la materia en cuestión, con el objeto de determinar elementos para dilucidar su estatuto epistémico.

Después se trata al derecho como ciencia y como técnica. A través de la *phronesis* aristotélica, se traza una línea que atraviesa Kant y que instituye la noción de razón práctica tan importante para entender la racionalidad y la *praxis* jurídica. Por el lado del problema científico del derecho, se ve a la *Rechtsdogmatik* como el eje epistémico de tal discusión. Se define a la dogmática jurídica y en base a los escritos de Robert Alexy, se polemiza sobre la función de la dogmática, contraponiendo sus escritos con los de Santiago Nino.

En el segundo capítulo de la primera parte se analizan problemas generales del contexto social y político en el que da el debate sobre la científicidad jurídica. Se estudia el problema de la diferencia entre fuerza legítima y violencia en el derecho y también se presentan ciertas temáticas centrales de la sociología del derecho. Se hace una crítica a la visión de “los juristas” entendida como una “comunidad de científicos”, sostenida por Bernasconi y que de modo ejemplificador muestra muchos de los malentendidos sobre la consideración del derecho como una ciencia especial. En este sentido, en este capítulo se estudia la legitimidad del derecho a partir de la ciencia en un momento en que las justificaciones iusnaturalistas no parecían suficientes a partir de la Modernidad. Se expone también la pertinencia de hablar de una “ciencia del derecho” y la posible confusión surgida a partir de los estudios de la escuela histórica alemana en el siglo XVIII al usar el término *Wissenschaft*. Para terminar este capítulo se ve la pretensión de los juristas de entender al derecho como “neutro”, lo cual lo conectaría con la propia racionalidad científica.

La segunda parte tiene un enfoque más centrado en los debates de la propia filosofía de la ciencia. En primer lugar, se presentan los tópicos generales de los llamados “criterios de demarcación”, que permiten diferenciar el discurso científico de otros. Se analiza el discurso jurídico alrededor de tales criterios y el problema de la verdad en la aplicación práctica del derecho. La cuestión de los criterios de demarcación permite aproximarse a la naturaleza

particular del derecho y se expone por qué esta disciplina no puede ser vista como una pseudociencia.

Después, se exponen las características principales de la ciencia, como racionalidad, sistematicidad, capacidad explicativa, predictiva, adecuación, especialización, etc., y en base a la forma en la que adquieren tales características, se las confronta con las características definitorias del derecho. Se estudia las diferencias entre la racionalidad científica y jurídica, las diferencias y particularidades de cada una, a pesar de compartir, en términos prácticos, una forma de razón instrumental.

También se dedica un apartado al análisis de las diferencias entre la normatividad científica y la jurídica, cuál es la diferencia categorial entre su legalidad y cómo la ciencia comparte ciertos criterios de normatividad, pero que son esencialmente distintos entre ambos campos. Para terminar esta parte, se explica la importancia de las ficciones en la ciencia y se hace una relación con el tipo de ficciones del campo jurídico, cuál es su naturaleza y la función que cumplen dentro de su propia racionalidad, expuesta en el marco de la convención jurídica que se analiza en la primera parte.



PRIMERA PARTE

Los antecedentes epistémicos del derecho

El objetivo de esta primera parte es hacer una exposición de la historia de las ideas en cuanto al estatuto epistémico del derecho y su naturaleza teórica. Para ello, se empieza por hacer un recuento histórico de los sustentos teóricos del derecho moderno, en el que se discute propiamente la cientificidad de lo jurídico.



1 LOS ANTECEDENTES EPISTÉMICOS DEL DERECHO

1.1 Una breve historia de las ideas en torno a lo jurídico

1.1.1 El mundo heleno como fuente de derecho

Cuenta Hesíodo en la *Teogonía*, que Zeus buscó entre las diosas a la más prudente para hacerla su esposa y así escogió a Metis, personificación de la prudencia. Tras ello, ante las advertencias de Gea y Urano sobre la potencial grandeza de la descendencia con Metis y posible causa de la caída del propio Zeus, él, temeroso de un futuro destronamiento, se la tragó (y por ello Atenea nacería después de su cabeza). Entonces, buscó otra esposa y con Temis (la naturaleza y su orden), engendró a las *Horas* (el tiempo de la naturaleza, las estaciones), a *Eunomía* (las leyes buenas), a *Dike* (la justicia) y a *Eirene* (la paz).

Todas estas deidades, producto de la relación de Zeus con Temis, están relacionadas con la sociedad, lo político y lo jurídico: la justicia, las leyes buenas, la paz, etc. De esta manera, las leyes y la justicia, fundamentales para el orden, terminan por ser, al menos en los términos de la cosmogonía griega, un producto natural. El propósito de la *Teogonía* es dar cuenta de “la legalidad del cosmos”, aludiendo, precisamente, a la noción de “*kosmos* como orden” (Colombani, 2010: 26). Así, la fábula de Hesíodo nos dice, tal como lo hace Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, que preexiste un orden natural, y allí deriva un primer sentido de justicia, antecede y provoca a cualquier otro orden de tipo convencional.

De acuerdo a Ruiz Miguel (2002: 17), la primera teoría general del derecho y de la justicia que puede ser aceptada como tal, es la del derecho natural de la filosofía griega. Resulta importante destacar que las teorías de la filosofía naturalista de los autores presocráticos son un antecedente de sistematización del propio derecho, entendido como sistematización de la normatividad de las sociedades.

Esta sistematicidad, asociada al derecho natural, también está relacionada al afán heleno de comprensión y diferenciación entre las partes inmutables de las partes variables del mundo y resulta el primer precedente de la posterior confrontación tradicional que ha marcado al derecho moderno: es decir, el debate sostenido entre iusnaturalistas e iuspositivistas.

El primer Derecho natural parte de la indistinción del orden de la naturaleza (*physis*) con el orden social (*nomos*). Esta unidad es importante porque “expresa un motivo recurrente que, con sus variantes y complejidades, constituye un elemento duradero en el enfoque de la

pregunta por la justicia que estará presente en Aristóteles, en el estoicismo y en la escolástica medieval” (Ruiz Miguel, 2002: 18). A esta primera etapa, Ruiz Miguel la llamará “animista”.

De allí, existe una conexión con la síntesis de Plantón de la ideas de cambio y estabilidad, ya propugnadas en la disputa entre Heráclito y Parménides, y que expresan la forma dual en la que se piensa la estructura y devenir del universo en el llamado “Periodo cosmológico” de la filosofía clásica helena (Belloso Martín, 2011). Este periodo antecede al llamado “Periodo antropológico” o “humanista”, el que se caracteriza por colocar “al hombre en un plano superior a otras especies y subraya las características que se considera que lo hacen único, como la razón, el lenguaje y la introspección” (Brenner, 1999: 24). El último periodo es propio de la filosofía clásica griega, con Sócrates, Platón y Aristóteles, los grandes pensadores del orden social.

El periodo cosmológico cambia el enfoque animista, en el cual se “humanizaba” a la naturaleza, y se tiende “a naturalizar al hombre y a la sociedad, que comienzan a ser vistos como sometidos a leyes equivalentes a las regularidades naturales entonces observables” (Ruiz Miguel, 2002: 19). El elemento clave, nos dice Ruiz Miguel, es el apareamiento de la idea de razón o *logos*, “entendido como un orden que se atribuye a la divinidad y al conjunto del mundo” (p. 19) y que está expresado en el primer fragmento que nos queda de Heráclito: “Sabio es que quienes oyen, no a mí, sino a la razón, coincidan en que todo es uno” (Heráclito, Fragmento 1). Esta razón “eternamente verdadera” (Fragmento 2), se vuelve patente en que el hecho de que el mundo “ha sido eternamente y es y será un fuego eternamente viviente” (Fragmento 20) y en una especie de dualidad, visible en las oposiciones básicas como el día y la noche, la vida y la muerte, en las estaciones, etc. De esta forma, para Heráclito, el mundo avanza y las leyes que lo rigen, siendo todo uno, también rigen a la humanidad y de ello nos da cuenta la guerra (el caos) o la política (el orden), pues “todas las leyes humanas son alimentadas por la divina única” (Fragmento 91b).

Como se lee, para Heráclito, los humanos estamos sometidos a las leyes naturales por un principio de unidad y cambio (pues el cambio es la clave de lo eterno) y que a decir de Ruiz Miguel anticipa dos ideas centrales del pensamiento aristotélico sobre la ley: “prefigura la formulación de una ley natural como origen y fundamento inspirador de las leyes positivas” y “presenta al hombre y a la sociedad como productos naturales, ordenados, armónicos, lo que anuncia ya una concepción organicista de la sociedad” (Ruiz Miguel, 2002: 20). De ello, resulta importante recalcar en la segunda concepción, que su existencia es fundamental para entender el eterno afán sistémico del derecho, no solo como forma de ordenar el mundo social-externo, sino de su estructura interna y su propia racionalidad.

Después, al hablar del periodo “antropológico”, nos detenemos en Platón y Aristóteles, además de sus predecesores antagónicos: sofistas y socráticos. Sócrates se impone como la figura central del humanismo (Brenner, 1999) opuesto al “relativismo moral” de los sofistas (Belloso Martín, 2011: 26).⁹ Esta ausencia de relativismo moral se manifiesta en la obediencia

⁹ Sócrates ejemplifica la oposición ferviente a tal relativismo y a la búsqueda de verdades universales no solo en sentido epistémico, sino también práctico – moral. Basta recordar la defensa a las leyes de la ciudad que expresa en el Critón, en el que es instado a huir, pero Sócrates apela a la necesidad de obediencia de la ley para sostener el orden de la ciudad necesario para todos y de ser recíproco a los beneficios que los individuos reciben de la organización social. En la *Apología a Sócrates*, el filósofo no se reconoce a sí mismo ante la acusación de sus jueces, y responde en un lenguaje que les es ajeno a sus acusadores y desmiente lo dicho por ellos, pues “nada de lo dicho es verdad”. Asimismo, en sus últimos momentos, representados en el *Fedón*, Sócrates no se abstiene a beber la cicuta, para no caer en ridículo, pues la muerte es inevitable

a la ley (a pesar de su “injusticia” individual, como en el caso de la acusación al propio Sócrates), como garante de deberes superiores a los individuos (y por ende importantes para lo que ahora llamamos “institucionalidad del Estado”).

Para Ruiz Miguel (2002: 24 – 25), tres cuestiones fundamentales se derivan de ello: 1) El **interés general** por sobre el particular, 2) Los ciudadanos deben ser recíprocos con los **beneficios recibidos** gracias a vivir en una comunidad sometida a leyes, 3) el **consentimiento** que anticipa una idea de pacto social al cual todos los individuos estamos sometidos.

Esta búsqueda de una verdad imperecedera, en sentido cognitivo y moral, que está presente en la escuela humanista, fundada por Sócrates y de la cual Platón es su principal heredero, reacciona “contra la simple oposición de la sofística entre naturaleza y convención legal” (Ruiz Miguel, 2002: 25). Las leyes, como expresión de algo superior, no pueden ser meras convenciones,¹⁰ pues ello eliminaría su condición de verdad objetiva. Esta disputa entre sofistas y la tríada Sócrates – Platón – Aristóteles, se adelanta a la muy posterior oposición entre iusnaturalismo e iuspositivismo. Platón, al igual que Heráclito, propone un sistema legal objetivo, pero no basado en la naturaleza (aparente), sino en el famoso mundo de las ideas, y cuyo fundamento racional es el principio de lo verdadero. Lo importante de esta concepción es que, como habíamos citado en Ruiz Miguel, atravesará toda la historia de la filosofía del derecho hasta, por lo menos, los siglos XVIII y XIX, en el que la visión empirista, propia del cientificismo, cobra importancia, frente a la concepción racionalista.

En los diálogos de Sócrates con Protágoras, Platón nos presenta a un sofista jactancioso, que critica a Sócrates el dictar los gustos de lo que los jóvenes deben aprender (música, aritmética, astronomía, etc.), mientras él se remite a una única ciencia, la de “prudencia o el tino que hace que uno gobierne bien su casa, y en las cosas tocantes a la república nos hace muy capaces de decir y hacer todo lo que le es más ventajoso” (Platón, *Critón*: 34).

Para Sócrates, esta materia no puede ser “enseñada” en el sentido discursivo, pues es la única ciencia que pertenece a todos, mientras que la música, astronomía, etc. pertenecen a unos pocos, todos los demás, al vivir en los asuntos de la ciudad, están remitidos al arte de la prudencia en algún punto. Dado que todos viven bajo los asuntos públicos, morales y legales que atañen a la política, todos pueden hablar sobre ella y se la practica más que se la enseña.¹¹

En el escrito de Platón, Protágoras se sirve del mito del nacimiento de los humanos (presentado por él mismo como una fábula meramente didáctica) para revelar los distintos conocimientos que les han sido otorgados. Cuando Prometeo roba el fuego de los dioses, también nos brinda a los humanos la posibilidad de conocer las artes, porque sin fuego, ninguna aplicación del saber es posible. El fuego representaría cierta condición “natural” de las artes y habilidades que nos son innatas, cosa que no sucede con la política, la cual fue enseñada por los dioses después de que las primeras organizaciones humanas surgieran para

para todos y entonces una actitud tal no tendría el más mínimo sentido. En definitiva, podríamos decir que de forma retórica, Sócrates sostiene la verdad de sus argumentos, pero está dispuesto a abandonarlos por la necesidad de sostener el orden social.

¹⁰ No se niega el carácter convencional de la ley, se niega que tal convención sea un mero arbitrio humano y no parta de algo que supera lo humano.

¹¹ Esto tiene una importancia crucial en lo que respecta a la práctica de la prudencia como fundamento del actuar bien y en sociedad.

hacer frente a los avatares de la forma en la que estaban dispuestas las cosas en el mundo, para poder así sobrevivir.

Ante la necesidad de una buena organización, Zeus ordena a Hermes llevar el conocimiento de la política a los hombres, pero no repartirlo a unos pocos, como en el caso de las otras artes, sino a todos. Pero a su vez, también da a unos más conocimientos que a otros, porque todos actuamos en política, pero no todos la dirigimos. De esta forma, para Protágoras: “Es preciso que todos se persuadan de que estas virtudes no son, ni un presente de la naturaleza, ni un resultado del azar, sino fruto de reflexiones y preceptos, que constituyen una ciencia que puede ser enseñada” (Platón: 35)¹². Así, la virtud, la política y la obediencia a las leyes no tendrían un origen natural (más allá de la exposición del mito y del envío de Zeus a Hermes para revelar un nuevo arte) y son producto de la reflexión humana.

Por supuesto, Platón disiente de la exposición sofista y propone un orden natural de índole racional que tiene también su contraparte en la organización social de la República, que sería un “orden jerarquizado y total bajo el modelo del organismo individual” (Ruiz Miguel, 2002: 26) y arguye por una especie de “división social del trabajo” de acuerdo a sus capacidades naturales, en las que los gobernantes deben ser sabios para ordenar el mundo social y dictar las leyes del mundo verdadero, el de las ideas. Dentro de esta especialización, propia de las características del filósofo, en *La República* prefiere al filósofo-rey.

En este punto, es importante recalcar que este “giro humanista” de la filosofía griega clásica ya se conecta con la problemática de la legitimidad de la organización social, en la cual, el derecho y la política tienen un papel fundamental e indisoluble. Ahora bien, también es importante notar que el principio que rige la política con el derecho sigue, exceptuando en los sofistas, un orden natural, por lo cual, el conocimiento del arte de la política es similar a otros como la música, la astronomía, la geometría, etc., porque parten de unos mismos principios generales aunque tengan, por supuesto, objetos diferentes de análisis y objetivos diferentes en su práctica. Luego, al comprender la política, tanto como la astronomía, se está entendiendo un orden natural y esto está expresado con bastante frecuencia en las dos obras seminales sobre este tema en la Antigüedad.

En *La República* de Platón y en *La Política* de Aristóteles se presenta una interrelación de individuos de orden natural en el seno de la ciudad, que acarrea cierto tipo de responsabilidades (como el caso del filósofo – rey) de acuerdo a su propia naturaleza (que deviene, por supuesto, en una división social del trabajo). Al respecto, el pasaje más famoso e ilustrativo en la obra aristotélica es su teoría de la esclavitud. Aristóteles se pregunta si “la naturaleza misma ha creado o no la esclavitud” (*La Política*: 32). Su argumento es el siguiente:

La autoridad y la obediencia son cosas no solamente necesarias, sino eminentemente útiles. Algunos seres, desde el punto en que nacen, son destinados a obedecer y otros a mandar, aunque unos y otros con diversos grados y categorías. La autoridad es tanto más noble cuanto los seres que obedecen son más perfectos; así es más hermoso mandar a hombres que a

¹² Como nos ilustra Patricio de Azcárate (1871), el uso de la fábula entre los sofistas sustituye al mito como religión natural y tiene una función pedagógica - explicativa más que de demostración de preceptos invariables. Ante una posterior explicación de Protágoras hacia Sócrates sobre la virtud, el sofista dice “Para responder a esto, Sócrates, no recurriré a la fábula como antes, sino que te daré razones muy sencillas, y para esto me basto solo” (Platón: 37).

animales. La obra es tanto más noble cuanto sus agentes son más perfectos; y hay obra allí donde hay una parte de mandato y otra de ejecución. (Aristóteles, *La Política*: 32–33)

La agencia humana establece los lazos de la política, pero su perfección está relacionada a la propia naturaleza de los agentes, unos destinados a mandar y otros a ser mandados por seres más perfectos que ellos. “Hay en la especie humana individuos tan inferiores a los demás como el cuerpo al alma o la fiera al hombre” (Aristóteles, *La Política*: 33), y por ello, para evitar la “degradación moral” se debe seguir la “intención de la naturaleza” (p. 35) y así “nuestro principio está fundado racionalmente y que hay hombres libres y esclavos por naturaleza”.

Continuando con nuestro tema, más allá del problema de la legitimación de la esclavitud, toda la política sigue un plan de la naturaleza, una teleología que debe ser respetada ante el peligro de corrupción. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una legislación justa es propia de este orden natural, pero puede ser de otra forma, pues a fin de cuentas, todo depende de la propia acción humana, de los agentes (como se establece en la *Ética* a Nicómaco). En Aristóteles, una buena acción conlleva fines y no causas y por ello se debe conocer que el principio mismo de la política y por ende de las leyes debe ser llevarlas a cabo. Allí, se introduce otro elemento importante: la justicia es producto de un orden natural, tal como las leyes naturales son necesariamente, y de ellas parten las leyes sociales que si son justas seguirán el orden natural, pero que se despliegan en el mundo de lo potencial, de lo que puede ser.

Antes de adentrarnos en el problema de la prudencia y virtud en Aristóteles (ver el acápite sobre la *Phronesis*), se debe resaltar otros principios implícitos en su concepción de la política y el derecho. Según Ruiz Miguel (2002: 27 – 31), podríamos destacar los siguientes aspectos: 1) el teleologismo ya expresado en el respeto de los propios designios naturales, en los que los hombres se organizan mediante leyes para alcanzar su felicidad, la famosa eudaimonía, entendida como “vivir y obrar bien”; 2) Mayor relevancia al conocimiento práctico por sobre el dogmático, pues a fin de cuentas las acciones humanas son prácticas y deben perseguir tales fines.

Por ello, Aristóteles proponía una forma particular de justicia: “la doctrina aristotélica sobre la justicia tiene como elemento dominante el concepto fáctico de «naturaleza», aunque a veces dentro de una no declarada ambigüedad con el teleológico. ¿Qué es la justicia? La respuesta de Aristóteles... comienza con la identificación de la justicia con el orden de la ciudad, en el sentido de su buena ordenación u ordenación” (Ruiz Miguel, 2002: 35).

Siguiendo a Ruiz Miguel, de acuerdo a Aristóteles, hay dos formas de justicia: 1) según la igualdad. Se debe aclarar que para Aristóteles, la igualdad ante la ley que estipulan las constituciones es un principio demagógico también, pues existen diferencias entre los iguales y esto puede establecer ciertas diferencias necesarias (Aristóteles, *Política*: 219). Por ello, Ruiz Miguel (pp. 35-36) habla de una justicia correctiva aplicada a los iguales y una distributiva, aplicada a los desiguales (p. 35). Por tanto, la justicia tiene una relación de orden con el mérito individual. 2) El otro tipo de justicia es aquella dada por la ley y esta tiene diferencias claras dependiendo del tipo de gobierno adoptado y la ley derivada del mismo.

Entendemos por justo aquello que “produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*: 98).¹³

Esta forma de justicia tiene una doble ambivalencia. La primera que hace relación a la oposición entre justicia natural y justicia social. La segunda relativa a la justicia como igualdad ante la ley, la isonomía, y como reconocimiento de la virtud del comportamiento y los méritos de cada individuo.

En última instancia, lo que quiero recalcar es que la ley, como forma de lo “justo” (ya sea por razón natural o convención), está asociada a la forma de organización de la sociedad que produce el derecho y debe relacionarse a la virtud, porque “la ley prescribe realizar las acciones del valiente..., las del moderado... y las del hombre apacible” (Aristóteles, *Ética*: 98), es decir debe prescribir en relación a las virtudes y así organizar la sociedad.¹⁴ Por ello, el derecho es una expresión de la virtud y de allí deviene el lazo profundo e inexcusable entre ambos.

En el sentido de su relación al ordenamiento social, una teoría del derecho está estrechamente vinculada con el surgimiento de la institución del Estado y la política. “Todo Estado dispone de un ordenamiento jurídico propio, compuesto de normas en las que se distinguen determinados valores protegidos por el Derecho”¹⁵ (Azevedo, 1997: 31),¹⁶ por ello, toda teoría del derecho es una teoría política (Bobbio, 1992) y si nos remitimos a la definición aristotélica de la política, su lógica es siempre normativa y práctica. El derecho está siempre relacionado a la política y a la forma de institucionalidad que cobra con respecto al Estado. Por ello, la importancia del legado humanista es conectar a ambos puntos indisociables, que ciertas corrientes modernas de gran raigambre en la tradición jurídica pretendieron “superar”.

En definitiva, en el mundo heleno, podemos partir de una división entre leyes naturales - la *physis* - y otras sociales - el *nomos* -. Mientras en el primer caso, se presentan como necesarias, las segundas, si bien en un orden justo parten de las primeras, son contingentes. Este mismo carácter contingente es el que conecta al derecho con la política, como ámbito de decisión humana y su normatividad para el buen ordenamiento de la polis.

1.1.2 Derecho romano

En Roma, surge algo similar a lo que ahora se conoce como “ciencia del derecho” (Ruiz Miguel, 2002: 57), es decir, la categorización y sistematización de los diferentes cuerpos legales, de acuerdo a su objeto normativo y su posterior estudio.¹⁷

¹³ Una ampliación de la justicia en relación de la virtud se hará en lo posterior, puesto que Aristóteles merece una mención especial en cuanto a la comprensión de nuestro tema.

¹⁴ Lo moderado, el valor, etc. es lo que Aristóteles llama justo medio o término medio. Una posición virtuosa será aquella que evite los extremos. La valentía, por ejemplo, es un justo medio entre la cobardía y el arrojo innecesario.

¹⁵ En el original: “Todo Estado dispõe de ordenamento jurídico próprio, composto de normas nas quais se distinguem determinados valores protegidos pelo Direito” (la traducción es mía).

¹⁶ Según Azevedo (1997), los juristas olvidan la naturaleza dinámica de su materia y las diferentes transformaciones que el Estado ha sufrido desde su surgimiento. Una mínima perspectiva histórica es necesaria para mantener un análisis adecuado del derecho.

¹⁷ De acuerdo a Ruiz Miguel (2002: 57), desde Roma hasta el siglo XIX será predominantemente “ciencia del Derecho privado”

La distinción entre Derecho y ciencia jurídica ha de tenerse aquí presente, pues el Derecho, muy anterior a Roma, preexiste a su ciencia como la construcción de puentes a la ingeniería, la curación de enfermedades a la ciencia de la medicina o la práctica del cálculo a la matemática. Y la misma distinción sirve para ver la diferencia entre Derecho privado y público, pues aunque el Derecho público existe como realidad y como concepto ya en Roma, la ciencia jurídica es durante muchos siglos estudio del Derecho privado. (Ruiz Miguel, 2002: 57)

De la cita, se debe recalcar dos puntos: la aseveración de que el derecho como técnica y práctica precede a su estudio, lo cual es evidente, pero que pone énfasis en la racionalidad jurídica como una particular técnica social normativa. La otra es que el derecho privado (el *ius civile*), que regula las relaciones entre personas en la ciudad, antecede al público; es decir, que la regulación entre individuos en la ciudad y el Estado es anterior a la relación jurídica entre individuos (y luego ciudadanos) y las instituciones sociales públicas en las que se inscriben sus acuerdos y en la que la fuente única de derecho es el Estado.¹⁸

Olivares Biec (1877) divide la jurisprudencia romana en cuatro etapas: 1) desde la fundación de Roma hasta la publicación de las doce tablas, 2) desde la publicación de las doce tablas¹⁹ hasta el periodo de Cicerón, 3) desde el periodo de Cicerón hasta el de Alejandro Severo, 4) de Alejandro Severo a Justiniano.

En cambio, aunque en una línea de tradición similar, Ruiz Miguel (2002) divide el pensamiento jurídico romano en tres etapas: 1) republicano (desde la caída de Cartago, en 146 a.C. hasta Augusto; 2) clásico (desde Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo; 3) postclásico (del siglo III d.C. al VI. d.C, época en la que se produce la codificación justiniana). En esta apartado, usaremos la división hecha por Ruiz Miguel, pero empatando con otras periodizaciones, como la Olivares Biec o Fassò.

En el periodo republicano, se debe partir reseñando la actividad de los llamados jurisprudentes o jurisconsultos, aquellos peritos en derecho privado – por lo su acción no tenía carácter público u oficial -. En las querellas legales, jurisconsultos (consejeros en la materia), jueces y abogados²⁰ actuaban de forma particular, siendo el pretor²¹ el único con funciones públicas oficiales.

¹⁸ “El derecho civil, denominación con que hoy se designa el derecho privado, es, con arreglo a la etimología de la palabra (*ius civile, ius civitatis*), el derecho propio de una ciudad, de un estado; así lo entendían los romanos, que lo distinguían del *derecho natural (ius naturale)*, expresivo de los principios eternos de justicia más fundamentales, y del *derecho de gentes (ius gentium)*, por el que se regulaban las relaciones en que intervenían quienes no eran romanos” (tomado de una nota al pie, de los editores de *De legibus* de Cicerón, con la que aquí se trabaja y que consta en la bibliografía general de este estudio).

¹⁹ Las *Lex duodecim tabularum* estuvieron encaminadas a regular la convivencia del pueblo de Roma.

²⁰ Los jueces eran privados y designados por acuerdo de las partes. Los *advocati*, más que peritos en jurisprudencia, eran expertos en retórica, y abogaban por cada una de las partes.

²¹ El pretor era un magistrado en la República romana con jurisdicción determinada. Nos dice Olivares Biec (1877): “Proclamada la República como forma de gobierno, se encomendó la dirección de los negocios del Estado a dos magistrados llamados *Pretores, Imperatores* y *Consules*... revestidos, según Tito Livio, de la misma autoridad que los Reyes... Su cargo duraba un año, cuyas funciones desempeñaban mensualmente cada uno de ellos... Correspondía a los cónsules la convocación del Senado y del pueblo, cuyas decisiones eran encargados de hacer respetar; dependían de ellos todos los magistrados...” (p. 23)... “En el año 387... se quitó a los magistrados del poder judicial, que fue conferido a un patricio nombrado por las centurias con el nombre de *Pretor*... se circunscribió (el término *Pretor* – la aclaración es mía) después al funcionario encargado de administrar justicia” (p. 45). El pretor duraba un año en sus funciones, anotaba sus actividades en una tabla llamada *album*. “Administraba justicia *pro tribunal* en los días fastos” (p. 45) y conocía asuntos de índole privada,

La aplicación normativa se hacía con el sistema per formulas que empieza con la Lex Aebutia de formulis del año 149 a.C., diferente al procedimiento más rígido per legis, similar al actual derecho positivo. Las fórmulas constituían un método para instaurar jurisprudencia: “el pretor podía conceder acción mediante fórmulas que iban introduciendo matices y excepciones en las reglas formales tradicionales, abriendo así la posibilidad de proteger nuevos intereses” (Ruiz Miguel, 2002: 59).

De aquí nace la división entre los advocati, expertos en retórica, que abogan en los casos y los jurisconsultos (aquellos que sistematizaban y estudiaban el derecho, los filósofos o científicos de esta materia).

Los jurisprudentes fueron siempre un conjunto selecto de conocedores del Derecho, un saber que transmitían de manera directa, a modo de clases particulares, a discípulos que continuaban su labor. Ya avanzada la época republicana, y especialmente en el siglo I a.C., con objeto de facilitar su enseñanza, sobre el conjunto de reglas jurídicas de sus *responsa* realizaron un cierto trabajo de sistematización mediante una aplicación específica del método de la dialéctica griega, que entre los *topoi* o lugares comunes propios de las discusiones proponía analizar ciertos temas mediante divisiones sucesivas de géneros y especies: por ejemplificarlo, según esa propuesta, así como el ser se clasificaba en vivo e inanimado... las garantías jurídicas se dividían en personales (como la *cautio* o fianza) y reales, y las reales en... (Ruiz Miguel, 2002: 60 ss.)

Este es el momento en el que se sistematiza el derecho, agrupándolo en materias y se establecen principios doctrinarios a través del trabajo de los jurisconsultos. Los resultados de esta sistematización atravesarán toda la etapa posterior a la época de la República romana, y tendrán continuidad con la revitalización del método legal romano en la Edad Media, hasta llegar a la dogmática jurídica como “ciencia del derecho”.

El paso hacia la época clásica, tendría dos características primordiales. La primera es la facultad oficial de los especialistas en lo que respecta a las cuestiones jurídicas a través de los *responsa*. Al manifestarse, los jueces debían pronunciarse si los *quaestio facti*²² resultaban probados. Esto quiere decir que se oficializa el trabajo de sistematización de los jurisconsultos de la época republicana y que permite estatizar la taxonomía de los objetos normativos.

La otra característica que Ruiz Miguel resalta es “su estrecha relación con la práctica, con la solución de casos concretos. Es una labor que se caracteriza adecuadamente como concreta y casuística, mejor que como abstracta y generalizadora, o también, como tópica o problemática mejor que como analítica y sistemática” (p. 62). Esto quiere decir que, si bien existe ya una construcción de géneros y especies y una sistematización de estos, la idea es que se procede por inducción más que por deducción, de acuerdo a un criterio de justicia.

También se sigue recogiendo y sistematizando el trabajo de los pretores en libros de aforismos que van construyendo paulatinamente la doctrina jurídica, como: *reguale*, *definitiones*, *sententiae*, *opiniones*. También se recogen colecciones de dictámenes y discusiones dedicados a tratar casos, además de manuales y tratados dedicados a la enseñanza.

como aquellos relacionados a los esclavos, y, sobre todo, para organizar el caos jurídico, introducía un tipo de jurisprudencia que permitió el estudio del derecho a través de su sistematización llamado *derecho honorario*.

²² Se refiere a las “cuestiones de hecho”, a las cuales se oponen las *quaestio iuris*, es decir, las de derecho.

Este es el segundo momento que destaca Olivares Biec, que une las Doce Tablas hasta el trabajo de Cicerón. Las Doce Tablas recogían valores morales y costumbres (*mores maiorum*) como fuente de derecho, puesto que si bien había un trabajo de sistematización importante, no se consideraba al derecho como un conjunto unificado, coherente y cerrado, que es propio de una visión más bien moderna. Como trabajo individual, el de Cicerón es el más importante de este periodo.

Para Fassò (1982a), Cicerón es un pensador ecléctico y con un énfasis mayor en el trabajo de compilación y comentarios de estudios, tratados y otras fuentes de doctrina jurídica. El legado importante de Cicerón es el de considerar a la justicia como fuente de derecho, que además se conecta en regla de conducta social, remitiéndose a la filosofía platónica, aristotélica o estoica (Fassò, 1982a: 95). En *De republica*, expone la necesidad de que el Estado esté basado en la justicia (ya sea como virtud platónica o como forma de sociabilidad estoico-aristotélica). Pero *De legibus* constituye su obra cumbre en lo que respecta a la filosofía jurídica y se convierte en el primer tratado de filosofía del derecho de la historia. En él, trata de las fuentes (la justicia), la condición humana (racional), y, por ende, para poder entender la naturaleza de lo jurídico se debe trascender los derechos positivos para buscar generalidades propias de los asuntos que le conciernen a esta materia: fuente, justicia, legitimidad, razón, etc. En esta obra, de carácter dialógico, al estilo platónico, Cicerón expone, en voz de Marco, la importancia del derecho civil como forma específica de lograr justicia y sociabilidad y, además, busca su carácter universal. En *De legibus*, Ático le dice a Marco, quien expone su pensamiento sobre la naturaleza del derecho:

Reputas, pues, que la ciencia del derecho ha de ser bebida, no en el edicto del pretor, como los más ahora, ni en las *Doce Tablas*, como los antepasados, sino enteramente en lo íntimo de la filosofía (*sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?*). Marco responde: “para nosotros, en esta disputación, ha de ser abrazada toda la causa del derecho universal y de las leyes, de tal modo, que éste, que decimos *civil*, sea encerrado en un pequeño y angosto lugar de la naturaleza. Porque, para nosotros, ha de ser explicada la naturaleza del derecho, y ella ha de ser sacada de la naturaleza del hombre; han de ser consideradas las leyes por las que las ciudades deban ser regidas; después, han de ser tratados esos derechos y mandatos de los pueblos, que han sido compuestos y escritos, entre los cuales no estarán ocultos, ciertamente, los de nuestro pueblo, que se llaman *derechos civiles*. (*Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus ciuitates regi debeant; tum haec tractanda, quae compositae sunt et descriptae iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae uocantur iura ciuilia.*). (Cicerón, *De legibus* – Libro II)

Esta aseveración propone un iusnaturalismo ciceroniano que dará continuidad a las posturas de la filosofía griega de un conjunto de leyes civiles que obedecen a las leyes naturales y son expresión de su universalidad. La naturaleza – que no es producto de la opinión – funciona en “la razón y en la mente del prudente” (Cicerón, *De legibus*, Libro II), y esa es la verdadera fuente.

Así, en la época clásica, por un lado, se prepondera al derecho como una actividad práctica que debe ser estudiada; por otro, y con Cicerón, se retorna a la sistematización de las preguntas primordiales sobre las fuentes, el sentido de la justicia y lo que constituye la razón del *prudente*, en el mismo sentido que hace del derecho una racionalidad práctica basada en principios universales.

De acuerdo a Ruiz Miguel, el *ius* romano no fue estrictamente normativo, en el sentido de norma vinculante emanada del poder político, sino como un acervo de soluciones. El *ius* cobra relevancia en cada caso concreto, en el que en la línea estoica se empieza a analizar la *natura rerum* o naturaleza de la cosas (Ruiz Miguel, 2002: 64).

La otra forma jurídica importante, que constituye cierto antecedente de universalidad práctica de la ley, es el *ius gentium*, que fue un producto concreto más que un sistema teórico, derivado de las necesidades prácticas de un imperio enorme en el que se debía regular las relaciones entre los ciudadanos y los que no lo eran. Los edictos del llamado “pretor peregrino” fueron los que iban construyendo el derecho de gentes, que, a decir de Olivares Biec (1877: 51) tenía un carácter más laxo y menos riguroso (en el sentido de ley rigurosa) que el *ius civile*. El *ius gentium* es producto también de la posición universal que volvía a cobrar relevancia con Cicerón, a través de su *consensus omnium gentium*, y que era una forma simplificada del derecho privado, para una aplicación más expedita, sobre todo en lo que se refiere a asuntos comerciales.

En la llamada “jurisprudencia postclásica”, que comienza a partir del año 235, habría una “decadencia” de los estudios jurídicos, del propio derecho y de las estructuras políticas asociadas al Imperio desfalleciente (Ruiz Miguel, 2002: 69).

Para Ruiz Miguel, el paso a esta decadencia es una paulatina burocratización de los jurisconsultos, afianzando una idea comenzada con un siglo atrás con jurisconsultos como Gayo²³, de que la fuente jurídica es la ley del Imperio, que termina con la doctrina de la voluntad del príncipe como fuente de ley²⁴ (p. 69). Esta forma de derecho se afianzará en Bizancio, en donde la interpretación imperial es única, suficiente y vinculante (lo que la diferencia del *ius civile* y el trabajo de los jurisconsultos).

Ruiz Miguel (2002: 70-71) acentúa dos características: el fin de las soluciones puramente casuísticas, sino derivadas de la ley (al estilo del derecho positivo moderno). La otra, estrechamente relacionada, es la ley como voluntad expresa del príncipe, es decir, dependiente ya de la total legitimidad del Estado.

De esta época procede la principal sistematización del derecho romano. En primer momento, a partir del siglo III, empieza el proceso de “vulgarización” del *ius* romano, es decir, “la adaptación y simplificación del Derecho romano clásico a las costumbres locales de las provincias romanas... que terminó por manifestarse como Derecho consuetudinario” (Ruiz Miguel, 2002: 71). Esta es la tercera época en la propuesta de Olivares Biec (1877). Para este autor, la decadencia en lo jurídico, no necesariamente iba en concomitancia con la expansión política del Imperio y, más bien, obedecía a las nuevas necesidades del mismo, y es el que según Ruiz Miguel es la línea de continuidad con la Edad Media.

Ya en el Imperio de Oriente se realiza la gran recopilación justiniana, realizada entre el 529 a 569 d.C. formada por cuatro obras fundamentales: 1) *Digesto* o *Pandectas*, encargado a Triboniano²⁵, en la que se recogían muchas *responsa*, lo que constituía una sistematización de la doctrina expedida por los jurisconsultos; 2) las *Instituciones*, en base al trabajo de Gayo, de

²³ Gayo (110 – 180 d.C.) fue un jurisconsulto romano, aunque carecía de capacidad de elaborar *responsa* para establecer jurisprudencia, influyó en la doctrina posterior a través de su obra *Instituciones*, que tuvo mayor repercusión en la época justiniana.

²⁴ Doctrina sostenida por el jurisconsulto Ulpiano (muere en el 228 d.C. en Roma).

²⁵ Triboniano (500 a 547 d.C.), a su recopilación, en su momento, se la conoció como *Corpus Iuris Civilis*.

carácter más didáctico; 3) el *Codex*, que recopila constituciones y leyes imperiales; 4) Las *Novellae*, que recoge las leyes dictadas por el propio Justiniano (Ruiz Miguel, 2002: 72).

El trabajo más influyente es el *Digesto*, precisamente porque su carácter es más doctrinario, a diferencia de los otros tres, de carácter más positivo y, por ende, más “susceptible” de modificarse. Para aquel tiempo, ya se contaba con más de 50 constituciones (Olivares Biec, 1877: 164). Así, el *Digesto* tenía un carácter más atemporal, pues partía de preceptos aplicables más independientes de las leyes imperiales. Las *Instituciones*, al tener un objetivo didáctico, tenían una composición más sistemática, y terminaron por ser el modelo del derecho napoleónico (Ruiz Miguel, 2002: 72). Sin embargo, en los propios tiempos de Justiniano, el carácter de esta recopilación era bastante estricto y reducido, pues no se permitía la interpretación; se reconocía como ilegal lo no recogido en ella y la prohibición de obligatoriedad de los precedentes judiciales. Esto último constituirá una separación fundamental entre el derecho legislado continental positivo y aquel de tradición británica: “un criterio eminentemente respetuoso con los textos legales destinado, aun con la notable excepción británica, a arraigar con fuerza en la cultura jurídica europea posterior” (p. 73).

En definitiva, en la época de transición de la República romana hacia el periodo clásico imperial (división hecha con objeto de análisis de las instituciones jurídicas), se establecen los intentos de clasificación y sistematización de los diferentes elementos del *ius civile*, del que luego derivará el *ius gentium*. En este sentido, el *Digesto* contiene los elementos teóricos principales de esta tradición, y su influencia fue importante como una forma de positivización del derecho, propia de Bizancio, que terminará con el estudio casuístico de la jurisprudencia.

1.1.3 Derecho medieval

El inicio de la Edad Media está signado por el desinterés de la naciente institución eclesial, basado en el Evangelio cristiano, por el Derecho y el Estado (Fassò, 1982a: 124).²⁶ Sin embargo, se pueden reconocer antecedentes tempranos de los famosos debates en cuanto a la política en la Edad Media. Preludiando a Orígenes y a San Agustín, en la distinción de claro influjo platónico, entre dos reinos o mundos diferentes, en la famosa *Carta a Diogneto*²⁷ se puede hallar constantes referencias a los cristianos como extranjeros sin país concreto, pues su verdadera patria es el Reino de Dios. Esta discusión tendrá una amplia continuidad durante esta época.

Los primeros momentos de la Edad Media están caracterizados por la necesidad de construir nuevos referentes para el propio cristianismo como religión de Estado y como respuesta a las transformaciones que con las invasiones bárbaras sufrió Roma.

Para Ruiz Miguel (2002: 76), con la caída del Imperio romano y la paulatina ocupación de las tribus germanas de los antiguos territorios del Imperio, el derecho romano de carácter estatista y legalista deja de tener vigencia, pasando a una aplicación del derecho de tipo más consuetudinario, con un alto pluralismo, pues no obedecía a una unidad sistemática, sino a las

²⁶ Con San Pablo, en los *Hechos de los Apóstoles*, la doctrina cristiana empieza a consolidar su influencia en la sociedad regida por el Imperio romano. Los conceptos de amor fraterno (*agápe* para los griegos y *cáritas* para los latinos) y de un Dios monoteísta para toda la humanidad tienen un impacto creciente (Fassò, 1982a).

²⁷ La *Carta a Diogneto* o *Epístola a Diogneto* es parte de un conjunto de textos encontrados en 1435 en Constantinopla, algunos de los cuales fueron atribuidos a Justino; sin embargo, la *Carta* pasó a la posteridad como obra de autor anónimo. Este escrito, si bien fue encontrado a fines de la Edad Media, fue escrito con toda seguridad en el siglo II d.C., probablemente como producto de la Escuela apologética, en tiempos en los que el cristianismo tenía una posición marginal, pero creciente, en el desfalleciente Imperio romano.

formas propias de cada uno de los pueblos. El derecho romano apenas se recuperará en la jurisprudencia bajomedieval, con la reputada Escuela de Bolonia.

En la constitución del derecho canónico, en un primer momento, el influjo de San Agustín tendrá un papel primordial, en los tiempos de la patrística²⁸. En general, la patrística reconoce la existencia de una ley natural revelada en las escrituras como dictamen de la voluntad divina y que se opone a la primera intuición del cristianismo primigenio de San Pablo, en la que “ley natural” aludía a la corrupción propia de lo perecible y material. En esta misma línea se inscribe la obra de los apologistas como Justino y en ella se inscribe la ya citada *Carta a Diogneto* (Fassò, 1982a: 132ss).

En San Agustín se puede rastrear una primera postura *naturalista*, en la que la idea de justicia está tomada de Cicerón, y se la entiende como “disposición del espíritu a preservar la utilidad” que respeta el otorgar a “cada uno su valor” (Fassò, 1982a: 139) y que se corresponde a la exposición del Capítulo XXI en el Libro que trata sobre los “Fines de las Ciudades” de la famosa *Ciudad de Dios*, que dice:

el pueblo... era una junta compuesta de muchos, unida con el consentimiento del derecho y la participación de la utilidad común. Y más adelante declara qué significa lo que llama consentimiento del derecho; manifestando con esto que sin justicia no puede administrar ni gobernar rectamente la república. Luego donde no hubiere verdadera justicia tampoco podrá haber derecho porque lo que se hace según derecho se hace justamente; pero lo que se ha injustamente no puede hacerse con derecho. (San Agustín, *Ciudad de Dios*, Cap. XXI, Libro XIX)

Esta visión de derecho naturalista parte del reconocimiento de una diferencia radical entre la estabilidad de Dios y su morada y la inestabilidad humana, en la cual, el propio libre albedrío es una manifestación no siempre deseable de tal volubilidad, por lo cual es fuente primigenia de pecado (San Agustín, *Confesiones*: 89 y 162).

El pecado es concebido como una contraposición a la ley eterna, y si las leyes son justas en el sentido de seguir el orden eterno y guardar utilidad, también deviene en ilegal. La ley divina prohíbe la perturbación de tal orden. Pero al surgir el problema de la razón humana, la voluntad también se convierte en una contraposición “natural” a la ley divina.

Ciertamente que San Agustín no pretendía distinguir entre *razón* y *voluntad* de Dios, ni mucho menos contraponer la una a la otra. Pero sus palabras se prestan a plantear un dilema, a propósito del cual, algunos siglos después, se excavaría un surco entre dos distintas direcciones de la teología moral. Y ello porque, en efecto, es muy distinto concebir la ley suprema como *razón*, aunque sea divina, o como voluntad de Dios. De la razón participa el hombre, que la encuentra dentro de sí mismo. Y si la ley suprema está dictada por la razón, el hombre deviene, por tanto, autónomo legislador de sí mismo (aunque de la ley, o sea de la razón, sea naturalmente causa remota Dios). Pero, si la ley no tiene otra fuente que la libre voluntad de Dios, quien, en su potestad absoluta puede cambiarla o establecer excepciones, la moralidad viene de hecho a depender enteramente del decreto divino, y el hombre no podrá encontrar ya dentro de sí mismo su criterio, como no sea a través de la revelación, con lo que la moral es para él heterónoma. (Fassò, 1982a: 140)

²⁸ Alusión al estudio de los escritos de los padres de la Iglesia católica. En una línea de continuidad con la filosofía naturalista presocrática helena y la tradición hebrea, la patrística tiene una idea de ley natural como voluntad divina revelada por Moisés a los hombres (Fassò, 1982a: 132).

El problema expresado por Guido Fassò se traduce en la propia condición heterónoma de la ley, a pesar de que por razón, le sea autónoma, como lo expresa Kant en los *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*. En última instancia, la resolución agustiniana se da en el plano de la diferenciación de ambos estratos, en el que la organización del hombre es un pálido reflejo degenerado de la de Dios, y por ello debe organizarse de acuerdo a sus propias leyes, aunque, al buscar la justicia, éstas partan de las leyes divinas. El “alma puede mandar y controlar al hombre” (San Agustín, *Ciudad de Dios*: Libro XIX, Capítulo XXI), pero en algunos casos no es así, y, por supuesto, la ley tiene un orden general y no particular; por ello, tal necesidad de heteronomía.

1.1.3.1 Pluralismo jurídico y político

La caída del Imperio romano no solo significó un inmediato pluralismo jurídico, traducido en el fin del influjo del derecho sistemático romano y en el apareamiento de varios derechos consuetudinarios, también representó el auge de numerosos reinos que no consolidaron un territorio unificado hasta el apareamiento del Sacro Imperio Romano-Germánico en los siglos IX y X. Los reyes medievales son *primus inter-pares*, cuyos pares serían los aristócratas y jerarcas eclesiásticos (Ruiz Miguel, 2002: 78), determinando una pluralidad de derechos, en lo que antes fue una unidad bajo el Imperio.

Siguiendo a Ruiz Miguel, durante la Edad Media, desde sus inicios hasta la entronización de Carlomagno y de Otón I, con la formación del Sacro Imperio, hay una inversión de la relación entre el derecho y los príncipes, en relación a dos factores: 1) su poder está limitado por la ley, 2) su poder es judicial y administrativo, pues se gobierna con la ley (p. 78).

Con la llega de Carlomagno, habría una posición de *translatio imperii*, es decir que en base a la legitimidad del Imperio romano en buena parte de los territorios europeos, se establece una unidad política, que a decir de Ruiz Miguel fue más ideológica que efectiva, creando la llamada *universitas christiana*, que a su vez Fassò (1982b) denominaba *pax christiana*. Pero más allá de la existencia efectiva, esta visión también permitió que con los cambios de épocas a partir del siglo XII y con los antecedentes de la filosofía humanista, fuera resurgiendo la influencia del derecho romano.

El resultado máximo de tal pluralismo es la separación de dos formas de entender la ley desde dos espacios “espirituales”: el derivado del derecho romano vulgar y el consuetudinario anglosajón.

1.1.3.2 Derecho de influjo romano

El derecho romano vulgar entroniza el denominado *mos italicus*, que caracteriza a la Edad Media tardía y que, de acuerdo a Ruiz Miguel (2002), se muestra en tres rasgos fundamentales: 1) el apareamiento de los burgos altomedievales; 2) el afianzamiento de reinos que luego serán el antecedente de los futuros Estados nación; 3) el desarrollo y recepción del *ius commune*. Como se puede ver, los dos puntos son los que más se pueden relacionar al campo estrictamente jurídico. A su vez, el *ius commune* tiene dos fuentes importantes: el derecho justiniano romano y el derecho canónico. De acuerdo a Ruiz Miguel, mientras el primero tiene un influjo más bien práctico, encaminado a solucionar los asuntos “temporales”; el segundo tiene un corte más atemporal y teórico, en que las discusiones de justicia y racionalidad están implícitos por el legado de la patrística.

Además, la recepción del denominado *ius commune*, que parte de cierta necesidad de sistematización es posible gracias al apareamiento de las universidades europeas a partir del

siglo XI: “la unidad de ese Derecho común procede del intercambio intelectual producido por el estudio de los juristas europeos en las mismas universidades, con los mismos textos y métodos y en la misma lengua, el latín, hasta incorporar en él las interpretaciones de los juristas, la «doctrina de los doctores»” (Ruiz Miguel, 2002: 85).

El derecho canónico constituye uno de las formulaciones más acabadas de la filosofía medieval, es uno de los puntos máximos de confluencia con el mundo clásico, y que además permitió institucionalizar el influjo del poder papal como cabeza de la cristiandad y de la tradición romana.

Los glosadores medievales y la escuela de Bolonia

La alta cultura altomedieval se expresa en la famosa división *trivium*, *quadrivium*, es decir entre las artes liberales, cuya práctica y forma de organización tienen raíz clásica y retoman preocupaciones más prácticas que teóricas. Dentro de ellas, el derecho se encuadra como una práctica del *trivium*, que empieza a cobrar una nueva etapa de esplendor gracias al trabajo de los glosadores y de la escuela de Bolonia durante el siglo XII, “al que se lo ha considerado el más jurídico de todos los siglos” (Ruiz Miguel, 2002: 85).

Las artes liberales eran las comprendidas en el *trivium* (gramática, dialéctica y retórica) y en el *cuadrivium* (sic) (aritmética, geometría, astronomía y música), las cuales no guardaban relación con el Derecho. Aunque las artes del *trivium*, sobre todo la dialéctica (es decir, la lógica) y la retórica (que tendía a asumir aspectos filosóficos), se ocupaban frecuentemente de temas éticos y jurídicos, y, como sucediera en tiempos de la sofística griega, hacía de la controversia judicial – típico ejemplo de discusión -, teorizándola, un *arte*. (Fassò, 1982a: 168)

Los glosadores desarrollaron su trabajo en las distintas universidades de Europa, además en las escuelas episcopales y catedralicias, en donde va surgiendo la enseñanza universal que rompe con el enclaustramiento conventual del saber. Como aseveran Fassò o Ruiz Miguel, la dialéctica y la especulación retórica son las artes más utilizadas para la dilucidación de los problemas jurídicos que se iban exponiendo. El trabajo más importante se lo lleva a cabo en Bolonia con la renovación de los estudios basados en el *Digesto*, promovida desde finales del siglo XI por Irnerio²⁹, el primero de los glosadores. “El modo de estudiar el Derecho por parte de los glosadores, situables entre los siglos XII-XIII, fue pronto secundado por los canonistas (o decretistas)” (Ruiz Miguel, 2002: 86-87). Los canonistas están anclados en el trabajo de la patrística.

De acuerdo a Ruiz Miguel, la escuela de Bolonia marca el comienzo de una forma de estudiar el derecho de forma autónoma al *trivium*, lo que supone el inicio de una nueva referencia para el estudio de esta disciplina a partir del “redescubrimiento” del *Digesto*. “El texto justiniano, en efecto, se considera por la escuela de Bolonia de modo similar a como los escolásticos medievales consideran a la Biblia y, en el plano de la filosofía, a Aristóteles – a quien se citaba con la expresión *ipse dixit...*” (Ruiz Miguel, 2002: 87). Así, en una relación con el resurgimiento del *mos italicus*, entre el derecho romano y el canónico, el derecho medieval experimenta una transformación que marcará su destino durante cinco siglos, visión de lo jurídico que apenas termina cuando en los siglos XVIII y XIX empieza la pregunta por la cientificidad del derecho.

²⁹ Irnerio (1050–1125) fue un jurista que trabajó en Bolonia, que trabajó en los ámbitos del *trivium* para establecer criterios jurídicos.

[E]l Derecho romano pasa a ser *ratio scripta*, al igual que la Biblia, el *verbum Dei* o palabra de Dios, es *ratio divina* porque el dogma es racional y puede ser entendido racionalmente. Entre la actitud jurídica medieval y la teológica, además, no hay tan sólo un mero paralelismo, sino que se da una verdadera convergencia mediante la conversión del Derecho romano en un Derecho natural escrito y la utilización de similares métodos en su estudio. En la Edad Media el Derecho romano llegó a adquirir «fuerza, autoridad y tradición de *Derecho natural*» y para su estudio – al igual que para el derecho canónico, la otra parte del *ius commune* – los juristas medievales siguieron métodos de pensamiento que los teólogos: inspiración dogmática, principio de autoridad y sistematización bajo la inspiración de la retórica y la dialéctica” (Ruiz Miguel, 2002: 87 – 88 – este autor toma la cita de la obra *Historia del derecho privado en la Edad Moderna* de Franz Wieacker)

Con Derecho natural, se retoma la posición de la filosofía clásica. Para Fassò (1982a), una de las fuentes de inspiración más importante es el *Timeo* de Platón, en donde se concibe una “justicia cósmica”, que, sin embargo, no es la única. El ejemplo más claro es el de Guillermo de Auxerre³⁰, quien distingue el *ius naturae* en tres tipos: *universalissimum*, *universalis*, *speciale*. “*Universalissimum* es el Derecho natural «que se encuentra en todas las cosas». Y de tal justicia natural, añade Guillermo, trata de Platón en el *Timeo*. *Universalis* es el... que la naturaleza dicta a todos los seres animados... El derecho natural *speciale* es el que ha sido dictado por la recta razón, «y dicho Derecho solamente existe en quienes tienen uso de razón»” (Fassò, 1982a: 174).

Este vínculo explicita la relación entre el orden de todas las cosas y aquel que se ajusta a la práctica por la razón y es propio del derecho humano. De esta forma, el derecho medieval establece las bases del derecho natural Moderno, y crea un nexo que va de Aristóteles a Kant.

El derecho bajomedieval retoma los puntos importantes del derecho romano, organizando el vínculo que uno a los posteriores sistemas jurídicos con la tradición romana. Sin embargo, los debates propios sobre la cientificidad del derecho son modernos, aunque varias de las temáticas más importantes se pueden rastrear en los antecedentes citados.

1.2 La discusión en torno a la cientificidad del derecho

Las transformaciones en el pensamiento filosófico, como la separación de la filosofía natural con la filosofía moral y la metafísica fue uno de los pilares fundamentales del pensamiento moderno, lo que dará inicio al conocimiento de las posteriores ciencias especiales y la taxonomía de la naturaleza. Para la tradición filosófica occidental, el influjo de Bacon, Descartes, Galileo, Copérnico, Newton, etc. tendrá su marca en todos los saberes, incluyendo aquellos humanistas, a los cuales el derecho no es ajeno. La discusión en torno a la cientificidad del derecho es propiamente moderna.

Por otra parte, una particularidad importante del derecho moderno es que está centrado en lo que ahora se conoce como derecho público (Ruiz Miguel, 2002). Su principal forma de manifestación es la institución del Estado de derecho, que crea una relación dialéctica de sostén y legitimidad entre ambos. Esto necesariamente conlleva a que el derecho es ejercido sobre una jurisdicción determinada a la cual está limitado y da pie al nacimiento de los llamados derechos positivos.

³⁰ Guillaume d’Auxerre (ca. 1145 – 1231) fue un filósofo y comentarista de la escuela de Chartres. En la *Summa aurea*, su obra más importante, expone la distinción mencionada.

Si bien, ya el *Ius Gentium* romano funcionaba como un antecedente de jurisdicción “universal” del derecho y guarda relación con el actual estatus de los derechos humanos dentro del contexto internacional, y es base del derecho natural; lo propio del derecho moderno es su positivización en la legitimidad de los Estados nacionales.

El estudio del derecho, ya sea desde la perspectiva metafísica-naturalista o de la positivista-cientificista, busca encontrar fundamentos universales, ya sea metafísicos o epistémicos, y la concreción de sus expresiones particulares en cada uno de las jurisdicciones. “This general question about the nature of law presupposes that law is a unique social-political phenomenon, with more or less universal characteristics that can be discerned through philosophical analysis” (Marmor y Sarch, 2015: s/p).

La postura cercana al derecho como un fenómeno sociopolítico único de carácter universal es heredera de los postulados de Aristóteles, Santo Tomás, etc. y halla su fundamento histórico en la importancia que la cultura helena y romana tienen para la civilización occidental. De allí se deriva un importante debate importante, que resulta fundamental en el derecho moderno: iusnaturalismo versus iuspositivismo.

En este apartado, se hará una breve introducción al debate entre naturalistas y positivistas en cuanto a lo jurídico y al apareamiento de la discusión de la cientificidad del derecho.

1.2.1 El debate entre iusnaturalismo e iuspositivismo

El debate entre iusnaturalismo e iuspositivismo constituye un eje temático importante en lo que respecta a la legitimidad de la fuente del derecho, a la naturaleza del mismo, a las obligaciones de los sujetos jurídicos y tiene fuertes implicaciones epistemológicas, así como en concepciones sobre la propia ontología humana. Este debate revive viejos temas ya presentes en los antecedentes clásicos, romanos y medievales, pero siempre alrededor del surgimiento de la nueva filosofía empírica y del apareamiento de las instituciones sociales de las cuales el Estado nación es su forma más acabada. El mismo Alf Ross, uno de los más connotados defensores del derecho empírico, define el problema de la siguiente manera:

Los positivistas han calificado a las doctrinas del Derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y, por su parte, los iusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descripto por medio de la experiencia sensorial. (Ross, 2008: 199)³¹

La discusión entre ambas posturas podría reducirse a un debate sobre la fuente, validez y legitimidad del derecho existente. Por un lado, los naturalistas defienden que la razón y la justicia son fuentes de derecho, y, por otro, los positivistas sostienen que el derecho es legítimo por el poder de su fuente, en este caso, el Estado. Si bien, esta forma de presentar la discusión es una reducción que desconoce los matices y la gama amplia entre las diferentes posturas, no por ello es inválida al reconocer que el punto central de la disputa es el origen, validez y legitimidad del derecho, pues esta discusión no solo es un problema analítico, en última instancia remite a la “legitimidad del ejercicio del poder político” (Carrillo de la Rosa y Carrillo, 2012: 90).

³¹ Como hemos dicho, no se puede asociar necesariamente al positivismo con el empirismo, es una reducción totalmente inválida aunque frecuente.

Un naturalista como Finnis también ve en la discusión sobre la fuente – remitida a la validez (corrección o incorrección) al punto más importante del legal reasoning. “Normal adjudication and judicial reasoning has two dimensions or criteria for distinguishing correctness from incorrectness judgments” 1) social-fact sources (legal materials), 2) moral standards” (Finnis, 2015: s/p).

La tradición naturalista del derecho puede remitirse a la distinción entre *physis* y *nomos* de la Grecia clásica, en la que se reconoce la existencia de un orden natural cósmico que da cuenta de todo lo subsidiario (lo humano incluido), aunque se asume el carácter convencional de la ley (como en Aristóteles) y la necesidad de obediencia a la ley humana, aunque ésta no sea, necesariamente justa (como en el caso de Sócrates). De allí, se puede reconocer la posición de San Agustín, que divide a las leyes en divinas (voluntad de Dios), naturales (la creación y la razón) y humanas (producto de la razón), en las que hay una relación necesaria entre las dos primeras y con la tercera si hay justicia. Para San Agustín, toda ley lo es si es justa, es decir, si está acorde a las leyes que le deben anteceder. Después, con la secularización de la sociedad, la razón será la fuente máxima del derecho (Carrillo de la Rosa y Carrillo, 2012).

En la actualidad, las tendencias cercanas al iusnaturalismo juzgan la legitimidad y fuente del derecho desde la razón práctica; tal es el caso de Finnis (2011; 2015) (quien es abiertamente naturalista, justificando su posición desde la razón tomista); o desde posturas críticas al positivismo, y contrarias a la fuente racional sustantiva del derecho en la razón humana, como Alexy (1989) o Atienza (2005), quienes sostienen que en el derecho, la razón práctica construye caminos hacia fines, en los que la justicia es un elemento central.

De la misma manera, Rawls (1975) ve en las instituciones sociales una forma de justicia. Por otro lado, Finnis (2011; 2015) se desembaraza un tanto del sentido de justicia y reconoce la expresión de poder en la ley y busca principios prácticos que sostengan la relación en la comunidad (y los cuales puedan funcionar como formas de justicia. “Natural law theory accepts that law can be considered and spoken of both as a sheer social fact of power and practice, and as a sheer social fact of power and practice, and as a set of reasons for action that can be and often are sound as reasons and therefore normative for reasonable people addressed by them” (Finnis, 2015; s/p).

En el caso del positivismo jurídico, la tradición fuerte empieza en el siglo XVIII, con la crítica a la metafísica y el surgimiento del Estado nación. La eliminación de los prontuarios jurídicos y la adopción de un sistema jurídico codificado en tiempos de Napoleón³², sellarán este vínculo entre el nuevo Estado y la legitimidad de las leyes que salen de él, asentado en el concepto de soberanía popular³³ y en la separación de poderes, en el que las leyes ya no son arbitrio del monarca. De allí, se parte de una relación de representación legítima de la voluntad popular en juristas expertos, lo que se conoce como “legislador racional” (Nino, 2014; Carrillo de la Rosa y Carrillo, 2012), que se entiende como alguien sustraído de intereses particulares, que además es infalible, objetivo y justo y cuyas decisiones – expresadas en las leyes que crea – no son ni arbitrarias ni subjetivas, por lo que el resultado –

³² Con la ascensión de Napoleón como emperador en 1804, se crea una comisión para codificar la tradición jurídica francesa, dando como resultado el Código Civil francés de 1807. No solo es coincidente y análogo con lo hecho por Justiniano, sino que sirve de inspiración directa en la edificación de un Imperio a la romana.

³³ Ya en la extinción de la República francesa, un teórico como Tocqueville (1835/2007) reconocía la importancia de un concepto como el de soberanía popular como fuente de legitimidad, pero también veía en él un obvio contenido metafísico.

el código – es una fuente legítima, que vincula a la voluntad soberana popular con el Estado, sus instancias y sus representantes.

A este positivismo, más bien ingenuo, se suman críticas, pero que no cambian el problema en cuanto a la legitimidad de la fuente. Están las posiciones de la sociología jurídica, que ven al derecho como el resultado de luchas concretas de poder, ya sea por legitimidad política o por fuerza y autoridad,³⁴ expresadas en el monopolio del Estado.

La crítica del positivismo al iusnaturalismo se puede reducir a dos elementos: 1) “The Social Thesis” (Marmor y Sarch, 2015) que sostiene que la ley tiene una validez social por las prácticas concretas de una población y que la fuente no es moral. 2) “The Separation Thesis” que entiende que la moral no puede ser la única fuente del derecho, aunque contenga inevitablemente preceptos morales. La ley parte de la moral pero no es necesariamente coincidente. “The Separation Thesis, properly understood, pertains only to the conditions of legal validity. It asserts that the condition of legal validity do not depend on the moral merits of the norms in question” (Marmor y Sarch, 2015: s/p).

Ahora bien, la tesis de la separación, que en un primer momento intentaba distanciarse de la metafísica (en la que los esfuerzos de Kelsen pueden ser ejemplificadores), en la actualidad se han atenuado, reconociendo que la moral es fuente de derecho, pero diferenciándola como otro tipo de sistema normativo. Esto implica que una de las fuentes es la moral y la tradición, pero que el derecho es infinitamente más que eso.

Otra fuente crítica es la condición de universalidad de la ley basada en algo así como la razón o “dignidad humana”, no habría nada universal en la ley (Kelsen, 1965; Ross, 1994) y toda definición al respecto es fechada (Vullierme, 1980), lo que implica un carácter siempre convencional del derecho.

Por su lado, la discusión de los naturalistas está centrada en la imposibilidad de dividir la moral al derecho, no son cuestiones independientes. Esto es algo en lo que concuerdan no naturalistas como Atienza (2005) o Alexy (1985), o al menos no estrictamente naturalistas, como Dworkin (1984). Finnis va más allá, para él, hay un malentendido del iusnaturalismo entre los positivistas, al centrar su crítica en el carácter metafísico; para Finnis, una verdadera teoría naturalista considera al derecho como hecho, del que sí no se desliga la búsqueda del bien común.

The fulcrum and central question of natural law theories of law is: How and why can law, and its positing in legislation, judicial decisions, and customs, gives its subjects sound reason for acting in accordance with it? How can a rule's, a judgement's, or an institution's legal (formal systematic) validity, or its facility or efficacy as a social phenomenon make it authoritative in its subject's deliberation. (Finnis, 2015: s/p)

El positivismo puede poner acento en la fuente, pero esto no constituye una forma propia de legitimidad. No es lo mismo legal que legítimo. Este es un punto de discusión, que va más

³⁴ Al respecto, la discusión en la filosofía política es amplia. Para autores como Hannah Arendt (1997; 2002), en un Estado como el liberal se pone en juego una forma de democracia representativa que anula el carácter político propio de la democracia directa griega, por lo que su legitimidad más bien es una mistificación ideológica y de autoridad, que, en última instancia, se maximiza en los Estados totalitarios. Para autores como Rawls (1975), el Estado es producto de un acuerdo primigenio como fuente legítima de derecho, que es necesaria para la construcción de una sociedad justa, que conjuga a la vez pluralidad y unidad. La teoría de Rawls es una modificación instrumental del contracutalismo. Expongo estos dos casos para ejemplificar posturas diametralmente opuestas de un mismo fenómeno.

allá de una mal entendida “falacia naturalista”, pues para Finnis, la razón esbozada por Santo Tomás, por ejemplo, tiene finalidades prácticas y en ella se remite a los hechos. A esto debemos referirnos con “rule of law”. La ley no es buena porque es justa en el sentido de San Agustín, sino porque sigue la “rule of law” del bien común. La crítica al positivismo es un desentendimiento siniestro con la moral (Atienza, 2005), que puede llevar a casos de burocratización y estatismo extremos como fuente de derecho, como en el caso del nazismo; por un absurdo en la supuesta superación metafísica (Dworkin, 1994; Atienza, 2005); por una malentendida crítica al iusnaturalismo (Finnis, 2011; 2015); por un formalismo acendrado e inútil (Ross, 1994).

El énfasis de las nuevas corrientes naturalistas es aquella que desconoce el principio agustiniano y, más bien, la ley no se ancla en la mera validez positiva, sino entendida como “an elucidation of an ideal of law in its fullest, or highest sense concentrating on the way in which law necessarily promotes the common good” (Marmor y Sarch, 2015: s/p). Por ello: “the concretized rule is (morally as well as legally) normative because such normativity is (presumptively and defeasibly) entailed by the (moral) principle that the common good (whose fundamental content is given by the foundational principles of practical reason)” (Finnis, 2015: s/p).

Ahora bien, Vullierme (1980) ve en esta discusión una oposición fundamental de la ley entre orden y fórmula, de acuerdo a un momento determinado de la historia. Para él, en esta dualidad se ha centrado la discusión de la ley: “cada concepto de la ley es una determinación histórica de esta diferencia” (p. 48). La discusión iuspositivismo/iusnaturalismo se enmarca en esta disyuntiva. El iusnaturalismo es visto como fórmula (aunque también el positivismo formalista), mientras el orden es parte del llamado realismo legal (positivo), que busca superar la metafísica naturalista como materialismo jurídico. “Las duplas realismo/formalismo y naturalismo/positivismo, en lugar de excluirse se complementan mutuamente” (p. 50).³⁵

Con la cita de Vullierme quiero recalcar que, en términos epistémicos, si bien hay una diferencia radical o parcial sobre la fuente del derecho, validez, legitimidad, etc.; al remitirse al mismo objeto, el material tratado es siempre de carácter desiderativo, imperativo, disuasorio, etc.; es decir, que su esfera es propia del mundo deóntico y no del “realmente existente”, siempre se enmarca en el deber ser. Coincidiendo con Finnis, siempre hay un ideal (carácter desiderativo) detrás de las acepciones y esto establece una racionalidad determinada entre el carácter “existente” de la ley y su razón práctica, su razón de ser. Esta razón de ser, de existir para poder actuar, busca un fin determinado, que difiere de la racionalidad de comprensión (que luego busque una acción es otra cosa, pero la comprensión puede terminar allí) y explicación de la ciencia. Esta es una cuestión fundamental para el derecho, su indesligable relación teórico-práctica. Por ello, la dicho por Vullierme recoge esta posición de mutua complementariedad, porque ambos dualismos se enmarcan en esta relación teórico-práctica.

Al parecer, la pretendida científicidad del derecho ha estado mucho más ligada a las teorías positivistas que a las naturalistas (en el sentido contemporáneo de ciencia, pues Kant buscaba hacer una ciencia de la ética en la Metafísica de las costumbres), en el sentido de “superación metafísica” y necesidad de legitimidad para la fuente (la ciencia es una fuente de

³⁵ En francés en el original: “chaque concept de la loi est une détermination historique de cette différence” y “les couples réalisme/formalisme et naturalisme/positivisme, au lieu de s'exclure, se complètent mutuellement”.

legitimidad de las diferentes aserciones – aunque las leyes jurídicas no son enunciados, propiamente).

En este punto, para acercarse mejor a la relación teórico-práctica del derecho, a su relación del deber ser y su incidencia en la realidad, quisiera abreviar una parte de la teoría emotivista de C. L. Stevenson (1937)³⁶, que podría explicar mejor esta cuestión. Stevenson empieza preguntándose sobre el sentido de aserciones del tipo: “X es bueno” o preguntas como “¿es X bueno?” ¿Qué se entiende por “bueno”? De acuerdo a lo que el autor llama teorías o términos relevantes, uno podría entender por bueno a: 1) aprobación, 2) a lo deseado por mí (Hobbes), 3) a lo aprobado por la mayoría (Hume). Pero, si uno no lo desea ¿es bueno? o si uno lo desea y la mayoría no ¿es bueno? Al parecer, las posiciones de Hume y Hobbes serían mutuamente excluyentes. El sentido de bueno, en el caso de Hume, coincide con el de Finnis, y además coincide con los términos de bueno como “final proof” – de la razón práctica - o “being democratic” – del bien común como aprobado por la mayoría.

Por ello, para Stevenson estas fórmulas intentan describir el sentido de bueno de acuerdo a un estado de intereses. Pero, en realidad, solo terminan indicando cuáles serían los intereses y, en el mejor de los casos, solo en ese sentido serían descriptivas. Todo juicio ético solo describe tal estado de intereses. “X es bueno” es un juicio ético. Pero su función, en realidad, más que indicar intereses, son disuasorias, tienen un carácter cuasi-imperativo, y buscan crear influencia: “Their major use is not to indicate facts, but to create an influence” (Stevenson, 1937: 18).

Su intención no es describir intereses – más bien los intereses están connotados y en ese sentido su “descripción” es totalmente vacua – sino cambiar o intensificar intereses. Entonces, el término bueno, como el de “bien común” – lo común es bueno - de Finnis, tendría una intencionalidad ulterior: “ethical terms are instruments used in the complicated interplay and readjustment of human interests” (Stevenson, 1937: 20). Finnis ya remite el bien a lo común,

³⁶ Como antecedente del emotivismo de Stevenson, tenemos al filósofo británico George Edward Moore (1873-1952). En su famoso libro *Principia Ethica*, Moore formula un rechazo al idealismo absoluto y busca resolver los problemas éticos (en sus dimensiones teóricas y prácticas) usando las estrategias de la filosofía analítica, pues el fracaso en entender la ética pasa por la indefinición del objeto y por ello en los desacuerdos de análisis. Para Moore habría dos cuestiones principales en la ética: ¿qué clase de cosas deben existir por sí mismas?; y ¿qué clase de acciones debemos llevar a cabo? La primera clase de cosas se atiene a aquellas que tienen valor intrínseco y son buenas por sí mismas; la segunda se referiría a aquellas que son obligaciones. Así, lo “correcto” y lo “bueno” juegan un papel clave, siendo lo bueno lo dominante. Ahora bien ¿qué es lo bueno? ¿cómo definir tal predicado? La respuesta de Moore es “lo bueno es bueno y ahí acaba el asunto”. Para Moore, lo bueno no puede definirse, “es uno de aquellos innumerables objetos del pensamiento que no son definibles por ser términos últimos, con relación a los que todo lo que es capaz de ser definido deba definirse”, por ello no se lo puede analizar, pues la postura de Moore, justamente es que no se ha avanzado nada por la indefinición de la ética. Lo bueno, al igual que el color (amarillo), debe ser “experimentable” de alguna manera, pues de otra forma no puede ser explicado. De allí devendría una posición en contra de la llamada “falacia naturalista”, es decir de la fundamentación ética (y también jurídica desde lo natural).

Para Moore, habría estos tres problemas en tal falacia: “a) los que identifican «bueno» con cualquier predicado diferente de «bueno»; b) los que identifican «bueno» con cualquier predicado analizable; c) los que identifican «bueno» con cualquier propiedad natural o metafísica. En otras palabras, la negación de la indefinibilidad de «bueno» o de bondad, o su reducción a algo analizable, o, finalmente, la negación que «bueno», o sea, bondad es algo no natural o puede ser identificado con las categorías metafísicas lleva consigo el peligro de incurrir en falacia” (Kania, 2006: 350).

Otra cuestión importante es la imposibilidad de verificación empírica del predicado “bueno”; pero la indefinición y la inverificabilidad no significa que no se pueda tener cierta idea de lo que es bueno, pues la ética, además de fundamentos teóricos tiene fines prácticos (Kania, 2006).

que no es lo mismo que universal. Stevenson reconoce el pluralismo del término común entre individuos y entre culturas.

Stevenson continúa con la función del lenguaje: en un primer momento su deber es describir creencias; en segundo lugar, está el expresar sentimientos, modos, actitudes. La primera función es descriptiva, propia de la ciencia. A la segunda, Stevenson la llama dinámica y es en este ámbito en el que trabajan los juicios morales. El uso dinámico difiere del significado – éste es fijo – y el otro varía de acuerdo a los intereses a expresar. A esto llama “emotive meaning”. “The emotive meaning of a word is a tendency of a word, arising through the history of its usage, to produce (result from) affective responses in people” (Stevenson, 1937: 23). Así, este significado emotivo estaría relacionado con el uso dinámico, aquel que expresa intereses que intentan incidir en el comportamiento de la gente.

Ahora bien, qué tiene que ver la ciencia, el derecho, y la discusión iusnaturalismo/iuspositivismo en esto. La relación se clarificará con las siguientes citas. En la teoría de Hobbes se puede probar la “bondad” de algo de acuerdo a los deseos – habría una objetividad allí. Pero el problema recae sobre el desacuerdo con el deseo – el carácter subjetivo del mismo – que Kant o Finnis superan con el imperativo categórico, porque se debe desear lo que es bueno en común – por su carácter intersubjetivo. ¿Pero cómo se define el sentido de bien y a qué se restringe lo común? Por supuesto, no daré aquí ninguna respuesta a ello, no la tengo; pero sí puedo recurrir a Stevenson para separar las cosas: “we must be using some sense of “good” which is not definable, relevantly, in terms of anything scientifically knowable. That is, the scientific method is not sufficient for ethics” (Stevenson, 1937: 18). Pues este tipo de enunciados como “X es bueno” denotan intereses y buscan influir. Nada en el método científico puede remitirnos a ellos, porque son campos distintos. El “método empírico” o “método científico” como llama Stevenson a lo que es susceptible de comprobación (no me detendré a refutar este sentido para el término, pues o se lo entiende en un sentido lato o, sencillamente, como un equívoco), solo es relevante para los juicios éticos porque evidencian nuestra idea del mundo, pero no explican el mundo, muestran nuestro sistema de creencias más que dar una explicación del mundo. “Thus the empirical method is relevant to ethics simply because our knowledge of the world is a determining factor to our interests” (p. 28).

La idea sería que el positivismo busca superar las justificaciones metafísicas de la ley del iusnaturalismo, y desde allí, sostener posturas de supuesta científicidad del derecho, pues expresarían un entendimiento concreto del mundo, pero este entendimiento del mundo solo tiene utilidad en este significado dinámico del lenguaje, en el que los enunciados jurídicos no son susceptibles de comprobación pues su interés práctico es incidir en la conducta de los individuos, aunque connoten un conocimiento específico del mundo.

En el caso del iusnaturalismo, queda, por supuesto, la imposibilidad de definición de qué es “bueno”. Desde la postura de Stevenson y de los emotivistas en general (Zavadvivker, 2008), no es posible definirlo, al menos no en términos comunes y, más bien, se pintan como comunes para crear una tendencia legítima de comportamiento.

Por último, el iuspositivismo intenta, de una forma espuria resolver el problema de la fuente sin reconocer la necesidad de un arbitrio (la ilegalidad como forma de estatuir legalidad). Por ello, si se remite al Estado como fuente legítima, necesariamente se vincula a la metafísica contractualista de términos como “voluntad popular” o “soberanía”, que, no

tienen forma de descripción en términos no éticos.

Así, la discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas sigue en torno al eje práctico de la propia naturaleza del derecho. La cuestión es cómo se justifica tal razón práctica, cuáles son las fuentes de tal legitimidad. En ello, el debate sobre la cientificidad del derecho cobra enorme relevancia, sobre todo si se pretende “superar” el contenido metafísico de los juicios jurídicos y su ética.

1.2.2 Los primeros debates sobre la cientificidad

El debate sobre la cientificidad del derecho no solo no es paralelo a la disputa entre positivistas y naturalistas, sino que aporta significativamente al problema de la legitimidad y de la fuente. Las teorías que presentan al derecho como una ciencia autónoma con su propio método de estudio cobran importancia paulatina en la misma medida en la que van surgiendo las ciencias especiales. Sobre todo, para el problema de la fuente, legitimidad y naturaleza del saber jurídico, la dilucidación sobre el carácter científico de lo jurídico es vital.

Si bien este debate se explicita totalmente en el siglo XIX, los antecedentes se pueden rastrear durante los siglos XVII, XVIII. Una vez separada la filosofía natural de la metafísica, la mayoría de saberes empiezan a especificar sus objetos de estudio, dando origen a los gérmenes de las futuras ciencias especiales. Los saberes sociales terminan por desprenderse de a poco de la filosofía y van configurando sus objetos de estudio durante el siglo XIX; así surgen la sociología, antropología, psicología, etc. Precisamente en la segunda mitad de este siglo, la economía deja de ser política y empieza a convertirse en un saber “matematizable”.

Esta discusión surge, además, en una separación radical en los objetos del conocimiento. El surgimiento de lo que Dilthey (1883-1966) llamaría ciencias del espíritu, diferenciadas de las ciencias naturales. Para Dilthey, las ciencias naturales han tenido una demarcación reconocible desde el fin de la Edad Media, cuando se desprendieron de la metafísica, separación bastante más problemática para las ciencias del espíritu, que no tratan del “espíritu” en el sentido metafísico, sino que reconocen que el estudio de lo humano pasa por la reflexión autoconsciente, algo que nos diferencia de lo natural (Dilthey, 1883-1966: 39). Resulta necesaria una ciencia de la realidad entendida como “correlato de nuestra experiencia” externa con “nuestra experiencia interna” (p. 46). Lo que Dilthey reconoce como mundo espiritual es aquello que une a lo humano con su experiencia del mundo: “los hechos de la vida espiritual no están separados de la unidad psicofísica de la naturaleza humana” (p. 41). Las ciencias del espíritu son aquellas que estudian esta cualidad autorreflexiva de lo humano, empezando en el análisis de las propias cualidades naturales (psicológicas) y las necesidades tanto materiales como espirituales. Los hechos históricos son hechos de la conciencia y ésta debe ser abordada desde todas sus dimensiones: históricas, antropológicas, psicológicas, económicas, jurídicas. Por supuesto, el derecho como tal, no queda al margen de esta discusión. Dilthey reconoce su estatus epistémico dentro de las ciencias del espíritu.

Podemos ubicar un parteaguas de este debate, con el apareamiento de la denominada “escuela historicista alemana”, con la escuela dogmática de Doneau³⁷, quien pretendió sistematizar los principios del derecho romano como fundamento y sustento de ciertos presupuestos de universalidad detrás del derecho. A estos intentos de sistematización, se los

³⁷ Hughes Doneau (1527 – 1591) jurista francés, uno de los principales representantes del humanismo jurídico y referente del derecho continental de raíz romana.

conocerá como Dogmática jurídica o *Rechtsdogmatik*, comúnmente vista como el conjunto de doctrinas que conocemos como ciencia del derecho (Nino, 2014).³⁸

A partir de la escuela originada con Doneau, se iniciará toda una corriente de carácter revisionista sobre los fundamentos del derecho, basados en las sistematizaciones del derecho romano (más que nada, en el ya mencionado *Digesto*), que desembocarán en la famosa Escuela Histórica de Savigny.³⁹ Esta escuela pretendía rebasar el estudio cerrado del *corpus iuri* como sistema y extender su análisis al contexto histórico-social en el que surge el derecho (Morineau, 2004). Al incorporar la mirada del contexto al estudio del derecho, inevitablemente termina por acentuarse el influjo de los factores sociales contingentes en detrimento de los universales, lo que contradice, a mi parecer, tanto a naturalistas como a positivistas a la par. Se pensaba que el análisis del derecho alemán, basado en el romano, comportaba elementos de juicio que favorecían la perspectiva de análisis de la realidad germana de entonces. Así, Savigny propone: “El objetivo de la ciencia jurídica es presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado” (1979: 5).

En todo caso, desde Savigny, primer referente de la escuela histórica alemana, el derecho debe ser analizado como un producto histórico cuya evolución va a la par del Estado y representa el legado de la nación en la cual aparece. De esta forma, Savigny se opone a la visión universalista de la fuente, así como a las estipulaciones jurídicas estrictas. Savigny también reconoce que la ley no es la única fuente del derecho, entendiendo que el conocimiento de la sociedad, prestado por otros saberes nacientes, es importante para lograr una doctrina completa (Prieto Valdés, 2001).

Con estas reformulación, en su momento bastante novedosa, se intenta dotar de elementos de estudio concretos, fundamentar en “hechos históricos” a las investigaciones sobre esta disciplina; precisamente, en la búsqueda de modificar el estatus epistemológico que, en lo primordial, se basaba en principios formalistas. Para Savigny, solo un saber que incorpore tales relaciones era considerado como una ciencia. El derecho en su formulación histórica lo era en sentido lógico, legislativo e histórico (Prieto Valdés, 2011).

A partir de la escuela histórica, se produce una ruptura con el absoluto formalismo jurídico, para insertar al derecho en el espíritu de la filosofía decimonónica, que en lo posterior, dará pie a la escuela del Realismo Jurídico. La pregunta sobre la cientificidad del derecho tendrá ecos diversos en Alemania, ya sea en la llamada escuela pandectística⁴⁰ – que tiene por objeto el análisis de la dogmática jurídica – o en las escuelas de análisis socio-histórico. Los debates más célebres, en el ámbito socio-histórico, se despliegan con Rudolph von Ihering (1818 – 1892) y en el ámbito positivista con Julius Hermann von Kirchmann (1802 – 1884).

Rudolf von Ihering desarrolló dos etapas bien diferenciadas.⁴¹ Su primera etapa está

³⁸ En el apartado sobre la dogmática jurídica se profundiza y revisa sobre el tema.

³⁹ Friedrich Carl von Savigny (1779 – 1861) jurista alemán, principal representante de la escuela histórica alemana, que trató también sobre derecho internacional y las incompatibilidades que se generan con el derecho nacional.

⁴⁰ Escuela jurídica alemana del siglo XIX que intentaba analizar las formulaciones del derecho romano a través de la dogmática jurídica.

⁴¹ En la primera, fue junto a G. F. Puchta (1798 – 1846), uno de los principales teóricos de la llamada Jurisprudencia de Conceptos. Esta teoría tiene cuatro ejes teóricos fundamentales (Flores Ávalos, 2006: 221): la

marcada por la dogmática jurídica y pretende instaurar conceptos universales y una estructura formalista que facilite deducir preceptos en base a presupuestos axiomáticos generales. A las teorías de Ihering de esta fase se las conoce como “Jurisprudencia de conceptos”. Esta primera parte de su trabajo, si bien lleva la impronta de un fuerte sentido positivista de la ciencia, también busca originar una estructura formal de análisis entendida en un sentido “orgánico”.

Esta organicidad constituye una fuerza formadora que puede conducir a la comprensión del sistema jurídico. “Mediante la combinación de elementos diferentes, la ciencia puede formar nuevos conceptos y normas jurídicas” (Larenz, 1994: 46). Para Ihering, esta mezcla de elementos en el ámbito jurídico, procede igual que en las ciencias naturales. Larenz cita un ejemplo en el que Ihering ve a la “mezcla de elementos” como un punto de partida para cualquier ciencia floreciente. De la misma manera que los botánicos mezclarán elementos de diferentes tipos de plantas para crear nuevas, el derecho podrá hacerlo con conceptos y axiomas para evolucionar su saber.

La crítica de Larenz a Ihering se centra en la confusión de éste último de ver a los “elementos” conceptuales o formales como entidades “realmente existentes”, y no como meros enunciados lingüísticos. “Por su modo de hablar pseudocientífico-natural de “cuerpos existentes”⁴², Ihering queda impedido para conocer que las supuestas “consecuencias o necesidades jurídicas” son solo la consecuencia lógica de ciertos enunciados, de lo que en modo alguno resulta ya la validez práctica o vinculabilidad de los correspondientes preceptos” (Larenz, 1994: 47).

En esta primera etapa, Ihering pondera más la necesidad de una sistematización de la ciencia del derecho, en detrimento de los problemas históricos e interpretativos de su antecesor, Savigny.

Durante la segunda parte de su trabajo, la denominada “pragmática” (Prieto Valdés, 2011), publica su escrito *¿Es el derecho una ciencia?*⁴³, en donde expone la necesidad de construir una ciencia jurídica que ponga énfasis en el estudio de los hechos. Ya la ciencia del derecho no puede ser una cuestión meramente sistemática y formal, debe basarse en dos cosas: moral, costumbres e intereses, por un lado; y por otro, en los hechos que se derivan de ello. En el entendimiento de ambos puntos, se edifica el derecho con respecto a su fin, que es normar. Con este libro se inaugura una etapa “realista”, en el sentido de volver a incorporar a la historia y a la política en el estudio de su saber.

“El egoísmo, la autoconservación (patrimonio) empujan al derecho” (Ihering, 1877/2006: 80). Estas motivaciones establecen una voluntad y a la vez una finalidad “La relación de finalidad establece la transición del motivo de la voluntad con el fin” (p. 57). Por ello, el derecho no puede eludir el conocimiento de los intereses humanos en disputa y tampoco la moral como constitutivo de la sociedad para normar tal egoísmo; lo que debe hacer es saber diferenciarlo, para construir una ciencia jurídica:

plenitud del derecho, la creación de la ley por científicos, elaboración de conceptos jurídicos, los administradores de justicia no son más que una parte interpretativa de la maquinaria.

⁴² Las normas o enunciados lógicos serían análogos a tales “cuerpos existentes”.

⁴³ Este texto apareció en 1868 y su título original en alemán es *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*.

La consideración científica del primer aspecto (se refiere a la moral – la nota es mía) tiene por objeto dos problemas: el del origen o fuente de las normas morales - ¿de dónde proceden? – y el del fin - ¿qué quieren? -. El segundo aspecto coincide con el problema del motivo subjetivo de la voluntad moral - ¿qué determina a la voluntad a observar las normas morales? (Ihering, 1877/2006: 443)

Así, el punto de partida de toda investigación científica del derecho es la motivación moral, pero el derecho se eleva por encima de la moral y se vuelve en costumbre cuando es útil socialmente, porque limita las posibles motivaciones que lo producen.

Ihering rechaza las posturas de su primera etapa y construye una teoría antiformalista y empieza a concebir al derecho como un sistema abierto, incompleto y no siempre coherente. Desde los tiempos en los que se adscribía a la Jurisprudencia de conceptos, Ihering ya pensaba que el derecho solo puede existir en su realización, de otra forma, no tenía sentido hablar de un conocimiento objetivo y válido; por ende, el sentido del derecho persigue unos fines determinados y, a diferencia de las ciencias especiales básicas, no puede limitarse a solo producir conocimiento, sino que debe tener una aplicación concreta. Sin la aplicación, el derecho no es nada (Rodríguez Paniagua, 1987: 251).

En definitiva, en la segunda etapa de Ihering, se retorna a los postulados de científicidad anclados a principios más empíricos (pues se parte del estudio de los hechos históricos) y se remarca el carácter práctico de la técnica jurídica. Otro factor importante, con respecto a los presupuestos de neutralidad natural o racional, es el de entender al derecho como el resultado de intereses concretos en un momento histórico determinado y a una moral que obedece o rechaza tales aspectos. Por ello, el derecho cobra funcionalidad y vigencia de acuerdo a su aplicabilidad, pues está engendrado por la fuerza.⁴⁴

Se debe resaltar la importancia del postulado de Ihering de proponer al derecho como producto concreto de una lucha social: “si en la hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella [se refiere a la injusticia], se negará a sí mismo” (2003: s/p); además, recalca el carácter violento que implica el derecho, pues “no es una idea lógica, sino una idea de fuerza”.

Ihering, contemporáneo de los socialistas utópicos y que nació en el mismo año que Marx, sostiene con él una “cierta complicidad involuntaria” (Lloredo Alix, 2013: 234), al aseverar que “Si vivís en la paz y en la abundancia, pensad que otros han debido luchar y trabajar por vosotros. Es preciso pensar en los tiempos del Paraíso si se quiere hablar de paz sin lucha, y del goce sin trabajo...” (Ihering, 1872/2003: s/p).

Otro autor vital en este debate es Julius Hermann von Kirchmann⁴⁵, quien está más imbuido del espíritu del positivismo científicista del siglo XIX. Ante la perspectiva de un tipo de ciencia apoyada en fundamentos universales e invariables, antimetafísicos y empíricos, von Kirchmann se niega de forma categórica a aceptar al derecho como una ciencia.⁴⁶

⁴⁴ Aunque, como recalca Rodríguez Paniagua (1987), su validez no solo es un acto de poder político, sino que también depende del sistema jurídico en cuanto tal y no puede ser sojuzgado como mera imposición.

⁴⁵ En 1847, von Kirchmann pronuncia una disertación en Berlín negando la científicidad del derecho, titulada en alemán *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*.

⁴⁶ Kantorowicz (1906 – 2006) llama a esta corriente “the new conception of law” y nos dice que intenta suplantarse la idea del derecho natural y buscar la legitimidad en el propio Estado, es decir, vincula la corriente positivista

Kirchmann denuncia el rezago de su materia, y este es un punto fundamental de su crítica, dado el supuesto de que una de las grandes características de la ciencia es el irrestricto desarrollo. “En Grecia ya se iban definiendo las demás ciencias, y apenas el derecho público había alcanzado algo de notoriedad. La jurisprudencia no ha mejorado, no ha evolucionado ni ha alcanzado ningún tipo de desenvolvimiento” (von Kirchman, 1848/2015: 23).

Por otra parte, en su crítica, Kirchmann delata eso que se ha dado en llamar “envidia por la física”, en el sentido en el que se busca que toda ciencia cuente con leyes universales, objetivas e inmutables, como se pensaba a la física en el siglo XIX: “La primera particularidad que destaca, es la mutabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millares de años. La rosa florece aún hoy día igual que en el paraíso. Pero el Derecho ha cambiado” (von Kirchmann, 1848/2015: 25).

Vásquez Santamaría recalca estos dos puntos:

Su crítica se propone principalmente desde dos puntos: el primero de ellos radica en que al estimarse el Derecho como ciencia, este no impacta ni influye significativamente en el contexto, lo que podemos aducir como una desconexión entre el saber y la realidad, y entre el sujeto científico y el saber; y segundo, no tiene el Derecho un criterio o carácter que defina a nivel teórico su naturaleza científica, esto es, más allá de la coherencia entre el ejercicio práctico como construcción científica, no hay una elaboración teórica que acredite la naturaleza científica de la jurisprudencia... (Vásquez Santamaría, 2014: 260–261).

La primera aseveración se asienta en la crítica que Kirchmann hace a la desconexión del saber producido por los estudiosos del derecho y el conjunto real de normas. Para él, la mera interpretación de la ley es irrelevante de dos formas: para la construcción de una ciencia y en la aplicación misma del derecho. Esto quiere decir que el carácter autorreflexivo de los juristas sobre su propia creación es irrelevante desde el punto de vista científico. Se debe reconocer que solo la primera de estas formas tiene implícita una refutación en sentido epistemológico.

El segundo punto expuesto en la cita de Vásquez Santamaría, está directamente sujeto al marco positivista de la ciencia y la imposibilidad de ver al derecho como una, partiendo de la indefinición del objeto mismo de estudio, tanto como de su método particular en relación al método científico.

El concepto de derecho empleado por Kirchmann es el de un sistema de teorías, enunciados o proposiciones que explican y predicen el funcionamiento del sistema jurídico. Una parte de la definición dada por Kirchmann coincide con criterios de la dogmática jurídica (la llamada ciencia del derecho), por la función de explicar el sistema en general (sin embargo, no toma en cuenta el conjunto dogmático que rige al sistema). Para este autor, el verdadero problema de su disciplina es que sin la definición de un objeto claro y por ende, sin el descubrimiento de leyes (en el sentido natural de leyes que rigen el universo), ni la conformación de un sistema, es imposible verla como ciencia.

del derecho, cuya fuente de legitimidad emana de la ley misma, con el espíritu epistemológico de construir una nueva ciencia del derecho.

Continuando con Kirchmann, la propia ciencia jurídica se opone al progreso del derecho, el dogma se opone a la modificación. No se puede desembarazar de su pasado y esto constituye un lastre para su propia evolución, lo que lleva a la negación categórica del estatus de científico, así como los consecuentes problemas para su aplicación.

En el caso de la jurisprudencia, los referentes siguen atados al derecho romano, es decir en una etapa de un complejo orden social, pero anclados en creencias todavía metafísicas. La pregunta por el derecho, entre los romanos, no está desvinculada de su carácter práctico y una ciencia como tal no puede ser pensada de esta manera. El derecho es un saber en el que la revolución baconiana no tuvo ningún efecto. Las leyes así presentadas son universales y atemporales, una ciencia no puede crear normatividades contingentes que ni siquiera tiene una verdadera influencia en su propio contexto histórico. Como ciencia no se justifica y como técnica, unida al derecho positivo, falla por su incompatibilidad y rigidez con las nuevas estructuras sociales.

La crítica de Kirchmann forma parte del positivismo ingenuo, del empirismo más radical y se sitúa en el fervor científicista de la razón. Pero existen algunos elementos importantes a rescatar, como 1) la indefinición del objeto, 2) la confusión entre el derecho como norma aplicada y el conjunto de normas superiores que lo rigen, 3) la rigidez del derecho positivo, y 4) poner en cuestión el estatus epistemológico del derecho.

Enrique Haba subraya la importancia de Kirchmann en esta plano. Para Haba, el autor alemán va en contra de una práctica continua de los juristas de ver al “pensamiento jurídico como el modelo por excelencia de lo razonable, ellos (los juristas – esta aclaración es mía) lo presentan como un ejemplo a seguir por otras disciplinas” (Haba, 1997: 243). Y va más allá: “Kirchmann percibió con toda claridad aquello que, todavía hoy, es una condición clave para formar el discurso jurídico, a saber: su carácter esencialmente RETÓRICO” (p. 245).⁴⁷

Haba piensa que Kirchmann coadyuva para presentar tres tesis centrales sobre la científicidad del derecho: 1) las cuestiones humanas e ideológicas han sido convenientemente olvidadas en los estudios sobre el derecho; 2) la falta de certeza es un problema incluso de las ciencias naturales, mucho más de un saber igual al derecho; 3) el discurso es favorable y útil a la razón práctica.

Para Haba, a pesar de la propia ingenuidad y desconocimiento de Kirchmann sobre ciertas cuestiones referentes a la ciencia, sus escritos deben ser un recordatorio importante de lo ajenos que los filósofos y teóricos del derecho están en cuanto a las discusiones sobre la ciencia.

1.2.3 Respuesta al historicismo y empirismo

En respuesta al historicismo y al empirismo, surge la reacción neokantiana de Rudolf Stammler, que intenta devolver el vínculo jurídico entre razón crítica y razón práctica. Los aportes de Stammler constituyen un fundamento de la teoría pura de Kelsen (Ebenstein, 1947), pues en la propuesta de Kant de edificar todo conocimiento en base a los a priori de la razón pura, piensa al derecho como un sistema lógico formal, oponiéndose al estudio

⁴⁷ En francés en el original. La traducción es mía: “la pensé juridique comme le modèle par excellence du raisonnable, ils la présentent comme un exemple à suivre par des autres disciplines” (p. 243); “Kirchmann a perçue en toute clarté ce qui, aujourd’hui encore, est une condition clé pour façonner maint discours juridiques, à savoir: leur caractère essentiellement RHÉTORIQUE.” (p. 245)

historicista. Para Stammler, de los casos particulares no pueden desarrollarse las generalidades propias de una ciencia. Se diferencia, sin embargo, de Kelsen, de la importancia de deducir el derecho positivo de valores comunes a la condición humana, a modo de derecho natural.

Stammler cree que la reducción del estudio del derecho a factores históricos no permite trascender el carácter contingente de los derechos particulares. En los propios términos kantianos, el derecho no es únicamente un producto de una especificidad cultural o histórica, sino que permite la consecución de los fines propios de la condición humana.

Stammler reconoce dos formas de entender la ciencia del derecho: “We may aim to master a body of law historically given, regarding its knowledge as a sort of end itself. Or we may bear in mind that legal rule is only a means in the service of human purposes” (Stammler, 1925: 3).

El interés de Stammler es situar al derecho en el campo de los fines, como expresión de lo indeterminado, de acuerdo a las propias categorías kantianas.

Su concepción del Derecho como voluntad (querer) vinculatoria, autárquica e inviolable, hace que sitúe al Derecho en el reino de los fines, algo que tiene una manifestación dual, concreta, variable según los caprichos del soberano, o permanente, regular e inviolable. En otras palabras, el Derecho es expresión de un poder justo, ordenado unitariamente contra el caos y la confusión y otro que puede resultar del poder arbitrario de los gobernantes. Consecuentemente, asume la palabra Derecho en dos sentidos; el primero como modalidad formal del querer humano, diferenciable de la moral y de la violencia arbitraria, una noción solo asequible a las miradas críticas, excluida de su relación con el Estado, la coacción y los preceptos concretos; en otras palabras, una forma de ordenación espiritual que representa la voluntad jurídica. En el segundo, el Derecho se presenta, como dice él mismo, “plásticamente”, entrañando un contenido material de exigencias, de normas materialmente condicionadas, con expresiones de voluntad limitadas en forma de Derecho Positivo. De tales definiciones se evidencia la diferenciación que realiza entre el Derecho Natural y el Positivo, existiendo el segundo para mantener los principios inmutables de justicia que emanan del primero. (Prieto Valdés, 2001: s/p)

Para Stammler, la fuente de la ley no puede estar centrada únicamente en factores contingentes históricos, puesto que la creación de nuevas leyes se da únicamente en casos extremos e intenta resolver una eterna pregunta sobre la relación entre ley y justicia, dado que “law is necessary condition for the realization of this highest principle, and the latter is destroyed in its essence by arbitrary deviation in special cases...”. Por ello, un énfasis excesivo en la contingencia histórica, en los special cases, desvía la atención de la existencia de la ley, el estudio de sus principios y su génesis a aquello que importa realmente: el principio de justicia.

“Only when there is absolutely no prospect of attaining just law by means of the traditional historical material, can the question arise, in cases of extreme necessity, of using the extreme means of creating original law” (Stammler, 1925: 82). Así, Stammler piensa que al abandonar la perspectiva materialista, se puede trascender en la búsqueda de principios creadores de la ley y la justicia.

Stammler opone las leyes de la naturaleza a las del derecho. Tiene dos acepciones de lo natural: una opuesta a la civilización y la otra en un sentido de uniformidad (Stammler, 1925: 72). “the law of nature is the law of might or the law of the stronger. In this case the word “law” would mean the expression of the natural qualities of an object, and the problem would be one of natural science and not a social problem at all” (p. 73). Lo dicho se conecta a la tradición contractualista que sostiene la existencia previa de un “estado de naturaleza” anterior a la ley.

El concepto de uniformidad es de “uniform and universal essence” (Stammler, 1925: 73). Stammler ejemplifica ambos aspectos en las posturas de Hobbes y Grocio. Stammler va en contra de tal posición naturalista (la suya es racionalista), pues es imposible probar la existencia de cualidades naturales para la conducta humana y la ley. Stammler niega la *Wirtschaft und Recht*, está en contra del contractualismo naturalista hobbesciano que piensa a la ley como una forma de prevención de disputas propias de la conflictiva naturaleza humana. Sencillamente, ley natural y ley humana tienen diferentes fuentes. Por ello, el estudio de la ley, una verdadera filosofía del derecho debe asentarse en tres cuestiones principales (p. 85):

¿Qué es la ley? Que responde a cuáles son los conceptos generales en las bases legales.

La racionalidad en la fuerza de la ley, y cuya respuesta, a diferencia de los positivistas no puede estatuirse en que la legitimidad de la ley es ella misma.

¿Cuándo el contenido de la rule of law está objetivamente justificado? Que no se basa solo en la investidura del legislador, sino en su sometimiento a principios máximos.⁴⁸

De esta forma, el estudio del derecho vuelve a centrarse en los principios fundamentales que rigen las más altas actividades humanas. El derecho positivo no tiene fundamentación por sí mismo, sino que su constitución está sujeta a la justicia, que es una vía originaria del derecho en su conjunto. En la misma línea kantiana, Stammler piensa al derecho desde la razón práctica, su existencia está encaminada a fines específicos y trabaja sobre ellos, no es un saber constituido en “sí mismo”.

1.2.4 Una oposición fundamental dentro del positivismo jurídico: realismo vs formalismo jurídicos

En este acápite, quisiera abordar un debate bastante difundido alrededor de dos corrientes del positivismo, cuya preocupación por el origen de los contenidos, autonomía de la disciplina y criterios de científicidad. Tanto el realismo – de carácter más empírico –, como el positivismo de Kelsen – más bien formalista – se preocupan por dar los criterios necesarios para otorgarle científicidad al derecho. El realismo o sociologismo jurídico de raíz empírica ha debatido ampliamente con el positivismo formalista kelseniano sobre cómo se debe definir la materia que abordan y es uno de los debates más importantes del siglo XX en torno a dar una definición clara de derecho (García Máynez, 2009). Para ello, este apartado se centra en dos de los autores que más han trabajado acerca de la científicidad del derecho. Por un lado, dentro del positivismo formalista, tenemos el trabajo de Hans Kelsen, quien es una especie de colofón y cumbre de un prolongado intento de elaborar un método “específicamente jurídico que permitiera a la ciencia jurídica alcanzar la tan ansiada autonomía” (Calsamiglia, 1978: 7).

⁴⁸ Podríamos recordar tres de las preguntas fundamentales de Kant: ¿qué puedo conocer? ¿qué me cabe esperar? y, sobre todo, la que guía la razón práctica: ¿Qué debo hacer?

El trabajo más difundido de Kelsen, aunque no necesariamente el más completo, se centra en la denominada Teoría Pura del Derecho (TPD).

Por otro, tenemos a Alf Ross, quien también continúa una tradición iniciada con la sociología jurídica de la llamada “Jurisprudencia de intereses” de Philipp Heck y Heinrich Stoll⁴⁹, quienes sostenían que las disputas por los métodos del derecho tienen una incidencia directa en la vida real, pues están “no solo dirigidos a delimitar intereses, sino que ellos mismos son productos de intereses” (Larenz, 1994: 72). De este tipo de teorías jurídicas, que indagan sobre las relaciones sociales conflictivas que producen el derecho y determinan su práctica, surge el trabajo de Ross sigue, que pasa por el realismo jurídico escandinavo de Hägerström o el famoso realismo norteamericano, cuyas propuestas se presentan como alternativas a la TDP.

La denominación de “pura” (Reine Rechtslehre) para la teoría kelseniana, hace alusión a su autonomía, despojo de los elementos políticos-ideológicos y sistematicidad, representada en la coherencia y logicidad de lo jurídico, que tiene su vínculo en la dogmática jurídica. La respuesta de la corriente “realista” o sociológica, desde sus inicios es criticar tal pretensión de sistema cerrado ajeno a los avatares propios de la vida concreta, y, por tanto, no tener ningún contenido analítico válido para pensar al hecho jurídico.

De acuerdo a Larenz, el antecedente de Heck ya anuncia tal disputa: “Lo que comúnmente había de denominarse como Ciencia del Derecho, la Dogmática jurídica, no se la considera una ciencia, sino una tecnología, puesto que únicamente sirve para fines prácticos” (Larenz, 1994: 85).

La corriente del realismo jurídico, en una línea similar a la del historicismo de Savigny y a la segunda etapa de Ihering, propone un tipo de ciencia jurídica más centrada en los hechos, que tendrá continuidad con el trabajo de Eugen Ehrlich⁵⁰, Fundamentos de la Sociología del Derecho, de 1913, que sostiene una postura similar de tratar “hechos”.

Ambos autores están enmarcados en la tradición del positivismo jurídico, ambos buscan la cientificidad de su disciplina, ambos niegan lo que consideran preceptos metafísicos del naturalismo jurídico, ambos enfatizan la importancia del análisis de la ley “realmente” existente; pero guardan diferencias considerables, entre ellas, una simple y fundamental: mientras Kelsen tiene una raigambre analítica racionalista y formalista; en Ross existe un tipo de análisis más sociologicista, vinculado a cierto tipo de estudios de pretensión materialista y empirista.

1.2.4.1 El positivismo de Hans Kelsen

Se tiende a reconocer dos momentos en el pensamiento de Kelsen. El primero, que empieza en sus tiempos de Viena, con la publicación de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* hasta la segunda edición de la misma obra en 1960. La segunda parte inicia con la segunda edición y culmina con la publicación de la *Teoría general de las normas*, en donde

⁴⁹ Philipp Heck (1858-1912), jurista alemán nacido en San Petersburgo, representante de la llamada “Jurisprudencia de intereses”, que asume que la ley y el trabajo judicial intenta solucionar los intereses en juego de las partes pues estos se producen en sociedad y resuelven los conflictos inherentes (Melián Vega, 2004: 183). Heinrich Stoll (1910-1977), jurista alemán que se centró en el estudio de las instituciones históricas en las cuales nacen los diferentes sistemas jurídicos.

⁵⁰ Eugen Ehrlich (1862-1922), jurista austríaco nacido en la actual Ucrania, fue uno de los fundadores de la llamada sociología jurídica, precisamente porque intenta conectar a ambos campos en una única disciplina que conecte a los hechos sociales con lo jurídico.

abandona algunos de los postulados de la TDP. El punto de tensión y ruptura entre ambas épocas tiene una índole epistemológica, el estudio de la *lógica del derecho*. En este punto, nos centraremos en la primera etapa, pues es la que tuvo mayor repercusión en el ámbito jurídico y ha constituido, quizá, la teoría más exitosa en el campo jurídico en el siglo XX.

La primera etapa de Kelsen, la de la TDP, permanece como un caso paradigmático en el derecho y en el positivismo lógico. Su importancia no solo parte de su alcance en la práctica jurídica y en la legitimación de los modernos estados de derecho, sino en el proyecto radical que busca llevar a cabo. La respuesta que Kelsen pretende dar a la discusión sobre la cientificidad del derecho es bastante consecuente con sus aspiraciones, pues tiene un carácter epistemológico más que deontológico. Para Kelsen, la TPD debe limitarse a conocer única y exclusivamente a su objeto, es decir, las normas jurídicas. Por ende, la TPD estudia qué son y cómo se forman las normas en derecho y no cómo deberían formarse. Tal objetividad es, lo que a decir del autor austríaco, diferencia a su teoría de la filosofía del derecho y la política jurídica (Kelsen, 1934/1965).

Kelsen reconoce que el derecho no se puede separar de la política, pero una teoría “pura” de esta materia, que sea científica, sí debe ser apolítica, en el sentido más rudimentario del cientificismo. Como se puede leer en la cita que sigue, Kelsen quiere separar al objeto de la forma de abordarlo.

La despolitización que la Teoría Pura del Derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto... el derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política... Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia. (Kelsen, 2006: 29)

Kelsen establece una articulación de la TDP en tres ejes: autonomía, sistema y unidad (Calsamiglia, 1978: 15). En el primero, confluyen los aspectos epistemológicos, relacionados a la lógica del derecho y lo que Calsamiglia ve como la necesidad de construir un método propio y específico. Allí residen todos los esfuerzos de la primera parte de la obra kelseniana en la que se centra este apartado. Las consecuencias epistemológicas de la propuesta metodológica, encaminan a cerrar el círculo axial hacia la sistematicidad y la unidad del derecho, en cuanto a su coherencia interna y a la propia práctica.⁵¹

El sistema está organizado “in a hierarchical structure, manifesting a great deal of complexity but also a certain systematic unity” (Marmor, 2016: s/p). Marmor describe con dos aspectos al sistema kelseniano: 1) dos normas que salen de la misma norma básica pertenecen al mismo sistema (coherencia y unidad); 2) toda norma deriva de una norma básica (coherencia y legitimidad).

La formulación de sistematicidad y coherencia lógica vinculan a Kelsen con el racionalismo neokantiano, y a la lógica deductiva, que llega a él vía Stammler, pero su búsqueda de cientificidad también está marcada por el positivismo del CÍRCULO DE VIENA y el nacimiento de las ciencias especiales. Kelsen busca “construir un sistema de Derecho a

⁵¹ La TDP de Kelsen es un caso particular de racionalismo jurídico. El racionalismo jurídico es un término generalmente ambiguo y puede hacer referencia a dos instancias, como ya hemos indicado. La primera, más relacionada con el iusnaturalismo, por el cual la razón es fuente de justicia. Por otra parte, también permanece como sinónimo de verdad científica anclado en el formalismo racional de las normas (en sí mismo, de validez de las normas). Lo justo es parte de lo valorativo y por ende escapa del ámbito de la ciencia. La razón no valoraría o crearía nada, se encargaría de conocer los hechos y las formas.

partir de conceptos puros ‘a priori’ que no contengan elementos empíricos” (Rojas Amendi, 2006: 398). Como habíamos indicado, la consideración de “pura” está relacionada con el deseo de estatuir una estructura formal de las normas (como formas puras) y una racionalidad autónoma, ajena a los avatares del mundo de la política, la economía, etc. pues de esto ya se encargan tales ciencias.

Para atender la pureza del análisis de las normas en tanto que tales, el derecho debe deshacerse de la influencia que sobre los juicios jurídicos ejercen otras disciplinas como la psicología, la moral, la biología, la teología, etc. Para consolidar una disciplina autónoma, Kelsen entiende que debe haber una clara delimitación y depuración en el objeto de estudio y en la metodología. Las ciencias sociales como la sociología, psicología, etnología o la historia buscan relaciones de causa-efecto, al igual que las ciencias naturales como la física, biología o fisiología. Otras, de carácter normativo, estudian las relaciones desde la imputación, cómo son y cómo deberían ser desde la norma, estas son la ética y el derecho (Kelsen, 1934/1965: 25).

En el intento de Kelsen de dar un nuevo estatus al derecho como ciencia, él parte de la división entre ciencias naturales y sociales, que permitirán ubicar a su disciplina dentro de este abanico. “El derecho es social y pertenece a las ciencias sociales” (Kelsen, 1934/1965: 16), su ámbito de acción y de trabajo es ése. Pero esta primera distinción es insuficiente, por ello, aparte de ésta, Kelsen, heredero de la división idealista entre mundus sensibilis y mundus intelligibilis, hace una separación del mundo entre su contenido fenoménico y el de las formas como pureza (Ebenstein, 1947).

Ubicándonos en el plano de lo fenoménico, hablamos de hechos, los mismos que pueden ser entendidos desde lo causas que los producen, por lo que el tipo de leyes que los estudian son leyes causales. Las leyes que para Kelsen pertenecen a las ciencias fácticas, son del tipo: A sucede si B ocurre en tales circunstancias. Su ámbito de pensamiento está anclado en la física mecánica y ahí se halla otra de sus conexiones con el primer empirismo.

Ahora bien, la diferencia entre las ciencias sociales y las naturales no se da por el criterio de hechos y su posibilidad de cognoscibilidad objetiva, sino por una relación de sentido; una aseveración que sigue la misma línea de Kant o Dilthey. Mientras en las ciencias naturales basta la explicación causal, en las sociales debe haber una comprensión, interpretar los acontecimientos; pero su materia primordial está en el estudio de los hechos. El derecho, en cambio tiene una especialidad concreta que se basa en las llamadas “reglas de derecho” y las relaciones de causalidad son diferentes:

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo. Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres. (Kelsen, 1934/1965: 18-19)

Así, la regla de derecho establece una causalidad no en relación al acto, sino a un acto que tiene una interpretación dentro de un marco jurídico y por el cual, el mismo es imputable a su autor.

Dado que los hechos son una cuestión del ser, el derecho no trabaja con ellos, pues hay una separación esencial entre hecho y derecho, entre lo que puede existir necesariamente y lo que existe solo normativamente. Ebenstein nos dice que Kelsen hace del ser y del deber ser un antagonismo formal-lógico que es insoluble y que inevitablemente produce una división de las ciencias. Esta división son las ciencias causales y las normativas, y su referente para entenderlas vuelve a Kant, en la distinción que hace el juicio de lo determinado y accidental y lo indeterminado y permanente. Pero, tal como Rojas Amendi (2006) aclara que la crítica de Kelsen a Kant está en que el autor de Königsberg no hizo una diferencia tajante entre ser y deber ser. Por ello, si bien el autor austríaco es heredero del filósofo, también juzga al intento del iusnaturalista kantiano como metafísico (otra más de las conexiones con el empirismo).

Esta búsqueda de apoliticidad y negación de todo contenido metafísico en las normas es lo que Calsamiglia llama “neutralismo axiológico”: “Una de las novedades importantes... consiste en su pretendida neutralidad axiológica. Kelsen pretende no estar “al servicio” de una ideología determinada y su crítica a la doctrina tradicional va en este sentido” (Calsamiglia, 1978: 19). Léase crítica al iusnaturalismo. En ello, uno puede ver una pretensión doble de pureza: la de las formas puras de la razón y la de salir de los debates metafísico-políticos-ideológicos.

La vía de Kelsen es claramente kantiana, al establecer una división formal de la estructura con la materia. La forma, parte del mundo inteligible, es el de las categorías puras e invariables: la cantidad, la cualidad, la relación o la modalidad son elementos que permiten conocer el mundo en su invariabilidad, en donde los contenidos son solo accidentales y pueden ser meras impresiones de los sentidos. Además, hay un elemento central aristotélico que sigue fundamentando la idea de ciencia en la modernidad: existe la posibilidad en las ciencias de conocer lo invariable y hacer una teoría de ello. Kelsen, de la misma forma, más allá del objeto regulador del derecho, reconoce esta distinción y por ello existe la posibilidad de hablar de una ciencia jurídica asentada en la norma.⁵²

El deber ser no tiene lugar en la naturaleza, por ello la norma tampoco. La norma no es accidental, pues es abstracta y pura, y por ende el campo meramente empírico le es ajeno; en la medida en la que es invariable, se puede hablar de sistemas normativos dentro de lo jurídico que son extensibles a cualquier momento y espacio. Lo importante es la forma, pues de ella deviene la estructura del sistema; la intención kelseniana es formalizar los sistemas jurídicos como fundamento de la ciencia del derecho.

Los conceptos esenciales tienen verdadero carácter *a priori* y se hallan en todo sistema jurídico, nos dice Kelsen... A la luz de estos supuestos no es sorprendente que la teoría pura del derecho haya avanzado y, siguiendo a Platón y Kant en su ideal matemático del conocimiento, hay una intención de hacer de la ciencia del derecho, primero, una teoría de formas jurídicas y después, como las matemáticas puras o las ciencias físicas, una ciencia exacta. (Ebenstein, 1947: 27–28)

⁵² Al respecto, Kelsen (2006) piensa en una teoría de índole universal: “Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional” (p.17).

Entonces, el derecho se limitaría a conocer única y exclusivamente a su objeto de estudio desde la razón, haciendo una ciencia normativa que use los esquemas y herramientas de la lógica, para construir una ciencia formal. En este punto, se presenta uno de los elementos irresolubles y contradictorios de la TPD. Por un lado, el derecho es social, por su ámbito de acción, pero su materia de estudio no son hechos sociales sino el derecho, normas sociales; pero dado que busca la autonomía, no puede usar herramientas de la historia o de la sociología para entender el origen de estas normas, limitándose a reconocerlas en base a la autoridad. Hay un desentendimiento del proceso histórico – pues sencillamente el derecho no es historia -, y en la base a las normas emanadas de la autoridad, estudiarlas en sí mismas. En este sentido, esta ciencia social se formaliza para analizar su formalidad.

Kelsen cae en el enredo de pretender una ciencia formal social, pues confunde el campo de acción (la sociedad) con su contenido epistémico. Toda técnica termina siendo social por su campo de acción, pero eso no es suficiente para ligar su estatuto epistemológico a las ciencias sociales. Siguiendo lo expuesto, Kelsen nos dice que el campo de los hechos no es el indicado para criticar la TDP.

El derecho es un sistema en el sentido en el que la validez de las normas solo es posible en la relación entre éstas. La propuesta de la TDP es crear un sistema normativo, que enlaza las diferentes normas entre sí a través de criterios de validez y no de verdad, puesto que no se trata de una ciencia de los hechos, sino de la relación sistémica y coherente entre normas. Las normas se entrelazan entre sí a través de reglas de inferencia, sobre todo el denominado “silogismo jurídico” – que no es más que un silogismo hipotético aplicado -, que parten de un principio fundamental⁵³ o norma fundamental de la cual se deducen las demás normas y da coherencia al sistema: “la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.” (Ebenstein, 1947: 34)

La relación sería la siguiente: la norma A produce la ley B, y a través de una relación lógica se sigue el acto jurídico C. Las normas jurídicas funcionan como proposiciones jurídicas (lógicas) y se entienden como válidas o inválidas, sin tomar en cuenta el criterio de verdad o falsedad, porque no parten de hechos (Schmidt, 2001). En cambio, la ciencia del derecho es una ciencia que conoce de normas y no contiene normas, se basa en aserciones, proposiciones sobre las normas y ahí radica la científicidad, porque las aserciones sobre normas son susceptibles de ser verdaderas o falsas.

Kelsen pretende conocer únicamente la validez del derecho. Para Kelsen, el derecho es un conjunto de normas de carácter coactivo. Las ciencias normativas describen, a través de proposiciones de *deber ser*, las normas, y es preciso aislarlas de todo fenómeno de *ser*. Kelsen intenta para ello estudiar la norma jurídica como una proposición normativa y encuentra el elemento diferenciador de otros tipos de normas (morales, sociales) en el especial carácter coactivo que cualifica la norma jurídica. (Calsamiglia, 1978: 30)

Como se puede ver en el párrafo arriba citado, la particularidad de nuestra materia con respecto a otras expresiones normativas (por lo que el derecho ratifica su búsqueda de neutralidad axiológica) es el elemento coactivo relacionado a la sanción, el acto jurídico C, que se sigue de la evaluación de la norma. Pero esta particularidad se expresa en la propia

⁵³ La norma fundamental es el presupuesto primigenio del cual parte el sistema, lo que se profundizará en breve. En ese sentido, Kelsen también se inscribe en el contractualismo constitucionalista.

existencia positiva del derecho, es decir, en su condición de cuerpo legislado por un órgano legítimo y que al guardar coherencia y una especie de principio de completitud, constituye un sistema y le da la particularidad a esta ciencia.

De forma analítica, el derecho es una ciencia particular, porque la volición humana puede conectar a una conducta con una normatividad y volver al acto imputable de acuerdo a una norma preexistente. Esta es la particularidad de la ciencia jurídica:

Mediante esta composición llega la TDP al conocimiento de que las proposiciones jurídicas de la ciencia del derecho tienen una función análoga a las llamadas leyes naturales de la ciencia natural: la vinculación de dos hechos como condición y consecuencia; pero el sentido de la vinculación es diferente en ambos casos... (Kelsen, 2006: 11) y continúa: “La consecuencia del delito no es producida por el delito de la misma manera que la dilatación del metal por el calor, sino que la consecuencia del delito es imputada al delito” (p. 11)

y sigue: “La distinción esencial entre el principio de causalidad y la de la imputación normativa consiste en que en la causalidad, la vinculación de los elementos es independiente de un acto de la voluntad humana o sobrehumana mientras que en la imputación, la vinculación es creada por un acto de la voluntad humana cuyo sentido es la norma” (Kelsen, 2006: 12-13).

Kelsen simplifica la explicación científica a una explicación meramente causal, desconociendo los factores comprensivos e interpretativos que están detrás de la búsqueda de las relaciones causales nómicas. El derecho se diferencia de tal causalidad al conocer lo que es imputable como acto, pero no en tanto hecho (como en las ciencias naturales), sino como hecho significado en un campo normativo.

Ahora entra en cuestión por qué no deducir normas de hechos sociales. Para ello habría que remontarse a Rickert (1965) y la crítica a la normatividad en las ciencias sociales. La legalidad o la cualidad nómica de los enunciados teóricos se concibe como propia de las ciencias naturales, pues sus postulados, de carácter legalista, son extensivos y universales (si bien el paradigma mecanicista de la física, por llamarlo de alguna forma, se resquebrajaba, el imaginario social sobre su funcionamiento parece que estaba bastante más extendido). La normatividad que parte de los hechos sociales no es posible, puesto que la reducción de tal diversidad impone límites estrictos a lo que puede ser entendido como norma. La misma distinción entre la posibilidad nomotética de las ciencias sociales y su estudio idiográfico. Para salvar la contingencia propia de este tipo de hechos y su irreductibilidad,⁵⁴ Kelsen elimina el análisis concreto de hechos y parte de la presunción de una fuente primigenia, de una autoridad legítima que emite una norma fundamental, la famosa Grundnorm. “The basic norm is the content of the presupposition of the legal validity of the (first, historical) constitution of the relevant legal system” (Marmor, 2016: s/p). Esta relación sistemática y de unicidad da un marco de interpretación: “an act or an event gains its legal-normative meaning by another legal norm that confers this normative meaning on it... A “higher” legal norm that authorizes its creation in that way” (Marmor, 2016: s/p).

En términos epistémicos, la Grundnorm⁵⁵ es la presuposición inicial y necesaria que

⁵⁴ “The main challenge for a theory of law, as Kelsen saw it, is to provide an explanation of legality and normativity of law, without attempt to reduce jurisprudence, or “legal science” to other domains” (Marmor, 2016: s/p).

⁵⁵ El mismo Kelsen entiende a la norma básica como una ficción: “El llamado interés común de todos es una ficción exactamente demostrable siempre que con esto no se entienda un compromiso entre intereses opuestos” (Kelsen, 2006: 37).

construye todo un sistema de validación.⁵⁶

...una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas. (Kelsen, 1934/1965: 33)

Pero esto también tiene otra consecuencia y es comprender cómo los actos humanos no son reducibles, es decir que hay una volición en los mismos y por ello imputabilidad, por lo que los casos concretos son productos difícilmente reducibles a un generalidad. La respuesta kelseniana a esto es la edificación de modelos epistémicos, no para explicar el acto, sino para reducirlo al sistema normativo. A fin de cuentas, en este ámbito, se centra uno de los mayores problemas del trabajo kelseniano, la relación entre validez y eficacia (como saber aplicado a una realidad concreta), de las normas. La eficacia en Kelsen queda supeditada a la misma normatividad sistémica, en cuanto la norma es legible y de ahí ya se deduce su aplicabilidad, lo cual es un principio autocomplaciente. Si existe formalmente, puede ser aplicado en cuanto tal.

Volviendo al problema de la imputabilidad, dado que el derecho es, a fin de cuentas, un sistema coactivo y de sanción, la consecuencia jurídica C, la cualidad voluntaria de los actos en sociedad, impone el superar la relación causal hacia la posibilidad de imputar estos actos y sus consecuencias a los actores sociales. Al respecto, Kelsen no ahonda en cómo la imputación puede constituirse en una línea divisoria para pensar al derecho como ciencia social, dado que se refiere a acciones individuales que afectan a terceros y de las cuales se da conocimiento para la sanción.

La imputación es la relación que existe entre acto, responsabilidad y pena. Pero esta relación, no sería de orden mecánico. No se puede hablar de que la causa de una sanción es una contravención o un crimen, pues la causa se halla en el ordenamiento jurídico, es decir en el sistema. La sanción jurídica es solo imputable si el sistema u ordenamiento lo concibe; por ello hay un carácter relacional marcado, en el que sistema, acción e imputabilidad se intercambian, pero en donde las normas son las que determinan tal relación. Turner (2010) llama a este sistema “regresivo”, pues obedece a la necesidad de existencia de un modelo normativo para interpretarlo, sin tomar en cuenta el contexto por el cual la autoridad legisla una norma.

Desde el arbitrio original (que sustituye a la fuente moral o valorativa), la ley es porque está legislada y no más – y ahí radica su autonomía y su calidad no valorativa. Este es un problema insoluble para la TPD si no se quiere reconocer la posibilidad de influencia y de otros criterios, lejos del arbitrio fundamental para elaborar las normas; pues la lógica tiene una función secuencial y derivativa, pero no fundamental para las normas. Ross (2014) piensa que este arbitrio fundamental, la Grundnorm, la norma fundamental de todo el sistema normativo es el aspecto más débil en la teoría kelseniana. Sin una buena fundamentación – que no es posible a la luz de la construcción de una teoría pura formalista – todo el sistema es un castillo de naipes.

⁵⁶ Precisamente la casuística en derecho (análisis de casos en su especificidad particular) reaparece como contraposición a los fracasos del positivismo radical tras la Segunda Guerra Mundial, en el que la institución de un Tribunal Internacional se basaba en criterios de justicia y de los preceptos normativos de jurisprudencia y no de un derecho concreto.

La solución que da Kelsen es distinguir entre la creación de las normas y entender las normas como proposiciones. La ciencia del derecho no se preocupa de la creación de las normas, sino de estudiarlas como proposiciones jurídicas (Kukcsó & Stadlemayer, 2001). Pues en ese sentido tan restringido, Kelsen adopta la débil posición de que cualquier descripción o aserción de un sistema de reglas – cualquier juego, por ejemplificarlo de alguna manera – es ya científico en sí mismo.

Pero, el problema de coherencia y unidad del sistema no necesariamente empata con el de la eficacia de la norma. Una norma puede ser legítima (por ser legislada por un órgano del Estado), puede crear un sistema en los dos puntos resaltados por Marmor, pero no mantener eficacia, que debe corresponderse necesariamente a cómo la norma y las leyes se ajustan a los “hechos” y por ende pueden normar situaciones realmente posibles.⁵⁷

Considerando en su aspecto exterior un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. (Kelsen 1934/1965: 11)

Para Calsamiglia (p. 64), estas palabras son muy significativas, porque dejan fuera el sentido subjetivo del acto jurídico, remitido a la lógica del sistema que frena la posible interferencia humana. De esta manera, la eficacia sistémica está garantizada; pero qué pasa de la norma en cuanto tal: “A norm is efficacious if it is actually (generally) followed by the relevant population” (Marmor, 2016: s/p). La cuestión es que la validez de la norma no solo se atiene a su condición lógica, sino también a su eficacia en cuanto a la aplicabilidad y, necesariamente, hay una remisión a los hechos.

La respuesta es que la norma fundamental es siempre hipotética y debe ser supuesta en algún punto, por lo que es producto es parte de un arbitrio primigenio y fundamental. Por esto, trabaja como una ficción funcional necesaria. La norma B deriva de A, dada la prelación y función de normas. A es la norma básica y fundamental, que debe ser necesariamente presupuesta porque “the basic norm is derived from the possibility conditions for adscribing legal significance to actions and events” (Marmor, 2016: s/p); lo que podríamos denominar, como no ser jurídicamente vacuo, al igual que las leyes nómicas que no pueden ser explicativamente vacuas, como se explicita en el ejemplo dado a pie de página. Entonces ¿cuál es el contenido de una norma básica para poder presuponerla? La respuesta es sencilla: que sea practicada por una población para poder ser eficaz y por ende válida. Así, tal condición de eficacia es un principio de algo así como la “axiomática” del derecho, es el punto de inicio que debe presuponerse y no necesita remitirse a nada antes de ella. Por tanto, la normatividad de la ley, reúne validez en la lógica y en la eficacia, entendida como la condición necesaria de derivarse de las acciones concretas.

Como se puede imaginar, para guardar coherencia del sistema, Kelsen supone implícitamente, sin notarlo, la necesaria uniformidad del comportamiento de una población,

⁵⁷ Al respecto, quiero volver con un ejemplo de Díez y Moulines (1997) sobre la necesidad de la ciencia de dar explicaciones vacuas. Por ejemplo, definir a un Minotauro como un mamífero, sería presumiblemente correcto, pero vacuo explicativamente, pues no se han dado casos de ningún Minotauro existente. De la misma manera, una ley contra los raptos posibles propiciados por Minotauros no tiene eficacia alguna. Por tanto, la eficacia sí se relaciona con los hechos y es un asunto que, si se queda en la cerrazón del sistema jurídico, tal como lo concibe Kelsen, no podría ser resuelto sin acudir a los “hechos”.

de otra forma, las normas que se siguen de la Grundnorm, entrarían en contradicción con las posibles acciones “no uniformes”. Esto tiene connotaciones muy importantes, pues inicialmente supuesta una “uniformidad” de comportamiento, ¿toda desviación es ilegal o la norma no refleja bien los actos concretos? Ciertamente, no es un asunto menor, que queda como irresuelto en nuestro autor.⁵⁸

Kelsen nos dice que la ciencia jurídica no es pura lógica, es algo más que ello, más que formalismo: “La lógica del derecho no es ninguna lógica especial. La lógica “descubierta” por la TDP es la de la normativa general que no se dirige al ser como la ley natural” (Kelsen, 1934/1965: 24). Pero se debe hacer notar que no queda claro cómo se construye tal formalidad.

La norma es tal si es válida, ¿pero con respecto a qué? Si lo es a la autoridad, habría que preguntar si tal arbitrio es parte de la ciencia jurídica o cómo se puede partir de los juicios de la razón para fundar normas. Este árbitro debe saber interpretar bien las acciones de la población, pero, allí, buscar autonomía, negar los intereses políticos o los presupuestos metafísicos, aunque sea de la norma fundamental (no ya de su aplicación o interpretación, pues ya Kelsen supone la coherencia absoluta) es bastante ingenuo.

Este criterio de cientificidad es excesivamente dependiente de una autonomía que además de no quedar jamás clara, no es posible. La autonomía solo es factible como sistema (suponiendo que esto sea realizable), como gramática jurídica, por llamarla de alguna manera, pero más allá de ello, no; y en ese mismo sentido, es un puro ejercicio formal lógico que en nada difiere con las operaciones deductivas que se hacen en cualquier otro campo.

En este punto, quisiera detenerme un momento en lo que se ha llamado “silogismo jurídico”, cuya estructura es igual a la del silogismo hipotético. El silogismo jurídico no varía la estructura del hipotético, presenta la misma forma: $a \rightarrow b$, $b \rightarrow c$, por tanto, $a \rightarrow c$; es decir que guarda la misma relación sintáctica que cualquier silogismo, pero toma el adjetivo de “jurídico” por su condición semántica, es decir por sus contenidos. La denominación de silogismo hipotético confunde la estructura sintáctica con los contenidos semánticos. Solo en el derecho existiría algo similar, no existe algo así como “silogismo físico”, “silogismo biológico”, etc. Precisamente, la intención de la lógica es crear estructuras sintácticas independientes de contenidos específicos pues pueden ser aplicados igualmente a diferentes contextos.

A continuación, presento algunos de los problemas más notorios de la TDP en su contenido epistemológico:

Como ciencia, el derecho pretende lograr un cuerpo normativo unificado, un sistema de normas en el cual se limitan las contradicciones e incongruencias. Para Kelsen, en el caso de presentarse incoherencias en el sistema, el problema se reduce a un conflicto entre la prelación de las normas y su relación, más que lógico (lo cual es obvio para la lógica modal) y

⁵⁸ Kelsen (1934/1965) dice: “un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas” (p. 23). Esto implica resaltar el carácter convencional del sistema y su eficacia a la adscripción irrestricta. Pero aquí yace un problema, ¿la adscripción irrestricta se da por convención, en el sentido de Lewis (1967), en el que hay mayores premios para los integrantes si se mantienen en la convención? O ¿tal conformidad se da por la sanción ante la imputabilidad? Si se produce por lo segundo, la eficacia está no en el seguimiento de los miembros por su contenido de “representación de la conducta humana”, sino en la coacción.

esto salva el carácter de científicidad. Esto es un ejercicio de la interpretación científica del derecho. Eliminar las contradicciones, atender a la pluralidad de significaciones de la norma, ver la contradicción, etc. es una cuestión radical para el quehacer jurídico (Kelsen, 2006). ¿Pero, esta interpretación es un acto “científico” per se o no? Jamás queda clara la distinción entre el ejercicio del derecho dentro de lo normativo como práctica y como ciencia. Pero esto obedece a la arbitrariedad de la división kelseniana entre derecho (aquello que no puede ser desligado de la política) y ciencia del derecho, puesto que el objeto mismo de esta supuesta ciencia es incidir en la conducta, es decir, hacer jurisprudencia. Cuando menos, esta separación espuria no permite entender cuándo el análisis normativo es científico o cuándo se está legislando, estableciendo jurisprudencia o aplicando normas (lo que no entra en el campo de la ciencia del derecho).

Otro punto central es la pretensión de neutralidad. Dada la discusión sobre el problema de la justicia y la ética, Kelsen impone una división entre derecho y política. A pretexto de la objetividad y la autonomía, no solo de las otras ciencias, sino, sobre todo de la política y la ideología, el derecho se separa de las nociones de justicia natural. El acto valorativo no es propio de una ciencia – otro punto en el que Kelsen denuncia su vínculo con el empirismo más burdo-. Pero, nuevamente el carácter de científicidad se remite a la lógica de los enunciados y la secuencia de las normas entre sí. Un acto verdaderamente jurídico es científico y hecho por científicos (juristas ideales también puros), basados en el sistema.

Las ciencias jurídicas no se ocupan de la justicia con la que opera la autoridad, pero sí parte de reconocer la demostrabilidad de la ficción jurídica del pacto originario del Estado. En este sentido, tal como dice Palombella (1999), en el formalismo y la igualdad ante la ley, que se impone como pretensión de neutralidad, hay un abstraimiento de las relaciones sociales concretas que dejan al positivismo en puro sistema. Ahora el problema es ¿por qué este sistema no es ideología y sí ciencia? Esa es la pregunta que se plantea Kelsen, pero que se responde en términos generales de manera tautológica: el sistema es científico porque es sistema.

Según su autor, la TPD trasciende la ideología ya que no aporta una ideología utilizable porque es formalista. Al abstraerse de los debates socialistas o liberales sobre la justicia y el derecho, Kelsen asume que hay un verdadero criterio de científicidad; sin embargo, como se puede ver en el caso de la ficción jurídica, hay una correspondencia bastante próxima a las teorías políticas liberales, y más bien una pretensión de científicidad de ellas a través de una formalización poco desarrollada. La supuesta irrefutabilidad y perfección del sistema, en el caso de ser cierta, obedece a este desarrollo excesivamente básico.

No importa el tipo de norma, sino el sistema. Esto nos coloca precisamente en el agotamiento del positivismo jurídico radical tras la Segunda Guerra Mundial y las argumentaciones sobre la validez (criterio de científicidad) de los actos jurídicos llevados a cabo por los cuerpos colegiados, abogados y jueces durante el nazismo.⁵⁹ También, coloca en

⁵⁹ Entre las posibilidades de interpretar estos acontecimientos, tenemos la potura de Tammelo, quien sostiene que el derecho se prostituyó para sostener un régimen como éste. Durante la época posterior a 1945, juristas alemanes como Schorn o Wienkauff inculparon a la dirección política, exonerando a los juristas (lo que implica una distinción espuria entre la técnica jurídica y la política). Después, juristas en el exilio como Otto Kirchheimer o Ernst Fraenkel, se interesaron por esta temática desde una perspectiva más crítica (García Amado, 1991). De acuerdo a García Amado, era inevitable establecer la discusión sin remitirse a los problemas del derecho positivo. “Hay toda una tradición de imputación al positivismo de la responsabilidad por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a las aberraciones acaecidas bajo forma legal” (p. 344). García Amado cita a la figura de Gustav Radbruch, como muestra de este problema, quien en 1932 apelaba a la fidelidad de

los límites de poder hacer un sistema unificado fuera de cada orden nacional, como es otra presunción de cientificidad de Kelsen. El derecho internacional, tiene que recurrir a principios de justicia (es decir a criterios no científicos o metafísicos en el positivismo jurídico), para resolver los problemas que trascienden los sistemas (Turner, 2010). Por un lado, dentro del positivismo jurídico, se podría decir que si está fuera del sistema ya no es preocupación del mismo y no contradice la cientificidad que éste ha construido. Por otro, también pretende la existencia de un sistema normativo universal propio de la formalidad extensiva de las categorías puras de la razón, pues solo lo formal es objetivo, por ende científico.

Pero ¿a qué límites se enfrenta el formalismo? Para ejemplificar, cito un pasaje de un artículo de George Globe sobre los límites de los sistemas lógico-formales en el derecho:

A further objection to deductive logic as a legal technique is, according to the newer thought, that it is impotent as a device of discovery. Nothing that was unknown before can be revealed by a syllogism. Herman Oliphant in his introduction to Rueff's "From the Physical to the Social Sciences" puts it thus: "If the major premise does not include the case to be decided, it is powerless to produce and determine a decision of it." But, on the other hand if the major premise "is taken to include the case to be decided it assumes the very thing that is supposed to be up for decision." In either case the principle or major premise solves nothing. The syllogism, therefore, is sterile as a judicial technique. (Globe, 1934: 305)

La diferencia que se establece entre el derecho consuetudinario y los sistemas positivistas, precisamente parte del reconocimiento de los primeros, de la imposibilidad de subsunción o aprehensión de la totalidad en las normas, además de que la flexibilidad del consuetudinario parte del hecho de los límites la propia normatividad y de su capacidad para coincidir con la realidad. La respuesta a ello es construir normas desde las particularidades, pero que permitan pensar una generalidad, no por una posibilidad epistemológica, sino por una cuestión de deontología, es decir de usar el mismo rasero que ya fue usado – de igualdad y por ello de justicia, en este caso. Como vemos hay una diferencia radical en la forma de concebir el derecho y hay un reconocimiento que la práctica del mismo está ligado a su propia constitución epistemológica.

“Kelsen remains much closer to Hume’s skeptical views than to Kant’s rationalism. In particular, Kelsen was very skeptical of any objective grounding of morality, Kant’s moral theory included. Kelsen’s view of morality was relativist all the way domain” (Marmor, 2016: s/p).

La creación de una teoría pura parte de la separación fundamental entre *sein* y *sollen*, lo que lo acerca más a Hume que a Kant. Ahora bien, esta es una posición general para las ciencias en la búsqueda de superación metafísica, en los rezagos de la filosofía natural. Ross (2014) cree que esta separación es totalmente contraria a cualquier evidencia de la forma del comportamiento social, ya sea explicado sociológica o psicológicamente, por lo que no es posible en el campo jurídico. Esta aspiración de cualquier ciencia, de separar ambos ámbitos

los jueces a la ley y en la posguerra acusaba el sometimiento a leyes injustas. Si bien ha habido una tendencia a atenuar esta posición, la discusión sobre el papel del positivismo en la justificación “la ley es la ley” sigue estando presente. Sin embargo, García Amado sostiene que el positivismo jurídico de Kelsen o Radbruch, con toda su carga de relativismo moral, no era mayoritario como doctrina ni era seguido por los jueces (p. 346). Se recalcaba también la falta de independencia de la función judicial, cuestión primordial dentro del propio positivismo, supuesta la existencia institucional de un Estado moderno. La crítica a que las leyes nazis no eran derecho, se debe a su propia naturaleza en el que no primaba un anhelo de justicia.

subyace como una característica sustancial del desarrollo científico, lo que lleva a Kelsen a forzar el problema y concebir al sistema como lo existente, lo ajeno al deber ser.

Este aspecto de autonomía frente a la moral y la política es un elemento central en la positivización del mismo (Palombella, 1999). La legitimidad de todo el sistema normativo como científico, es decir ajeno a la metafísica de los valores sociales, descansa sobre esta pretensión. El derecho, al positivizarse, alcanza un factor de normatividad que debe guardar coherencia entre los diferentes elementos que lo componen para construir el sistema, pero en éste mismo paso, se abandona las nociones y fundamentos que lo hacen posible, las relaciones sociales en juego, es decir, para usar términos marxistas, el derecho se cosifica, se vacía de todo contenido social, de toda relación concreta que lo produce y aparece sin más, por ello, su fundamento debe ser racional de forma a priori.

Según Ross (1994), esta supuesta pureza a priori del derecho es lo que hace de la TDP una teoría iusnaturalista. Si bien Kelsen intenta separarse del carácter metafísico de la ética kantiana, coincide con el naturalismo contractualista al partir de la necesidad no justificada de una norma fundamental.

Por un lado, para Kelsen, la norma no podría estar sometida a criterios de verdad (adecuación empírica), sino solo de validez lógica. Por otro, la validez de la norma está relacionada con su eficacia, es decir con su existencia concreta. La validez lógica de la norma siempre debe estar conectada, ya sea como arbitrio primigenio o en la eficacia de las leyes a criterios que trascienden el sistema. Para usar las palabras de Luhmann (2005), ubica al derecho como un subsistema dentro de un gran sistema social. Sin embargo, creo que en Kelsen persiste una mistificación cientista para rebasar la validez en tanto que legitimación social a través de la validez lógico – formal.

La tautología “la ley es la ley” es la expresión máxima de la validez circular del sistema, que pretende fundamentarse en una supuesta axiomática en la que existe una norma que no puede ser demostrada, pues es el punto de partida; pero, por supuesto, la axiomática es una intuición que funciona más allá de toda duda razonable. Pero, la norma fundamental – una expresión casi vacía, dado que no existe una definición clara de tal norma -, digamos, la constitución; no puede fundarse como axiomática, aunque sí puede funcionar como principio fundamental para hacer inferencias. Aquí, el problema es que Kelsen confunde al uso de la lógica como instrumento de pensamiento, con una condición suficiente para forjar una ciencia formal. Así, no difiere en absoluto de la teología (Cassirer, 1947), que usa los mismos principios lógicos que cualquier otra disciplina con una racionalidad inherente, pero difiere, por supuesto de los contenidos y postulados.

El mismo Kelsen dice que la lógica del derecho “no es una lógica especial”, lo particular propuesto por la TPD es la perspectiva de una normativa general que no se dirige al sein o a la ley natural (Kelsen, 2006: 24 – 25). Esto, más bien, es una diferencia de objeto y no de método. Lo que compete a la ciencia del derecho son las proposiciones, no su relación de contenido con el mundo externo. Esto crea una “ciencia” que se trata a sí misma, cuya “verificabilidad” apenas es una autocomplacencia basada en la coherencia.

“Dos normas jurídicas se contradicen y no pueden considerarse al mismo tiempo válidas, cuando dos proposiciones que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser deducida de otra, cuando las proposiciones que las describen pueden enlazarse en un

silogismo lógico” (Schmidt, 2001: 134). Éste es el principio que atraviesa toda la pretensión de cientificidad del derecho de Kelsen desde 1911 con la publicación del *Hauptprobleme der Staatsrechtstheorie* hasta la publicación revisada de la TPD de 1965. No existe ningún desarrollo de la supuesta formalidad, ni un lenguaje tecnificado especial o un desarrollo de la normatividad. Para Kelsen, el uso de la lógica constitutiva de la racionalidad normativa del derecho es condición suficiente para su cientificidad. Por ello, vuelvo a un párrafo de este mismo acápite, en el que el pretendido silogismo jurídico confunde la estructura sintáctica con los contenidos semánticos.

Kelsen nos dice que la relación causa–efecto gobierna el mundo natural y que su comprensión nos permite hallar por principios empíricos originarios; y que el derecho escapa a esta lógica, en donde lo que se juzga y entiende es la imputabilidad. En estas aseveraciones, el terreno sobre el que descansan sus suposiciones se vuelve más pantanoso e imposible.

La imputabilidad está anclada a una relación entre el acto, la volición - intención (difícilmente comprobable – el “dolo”, por ejemplo, es un elemento subjetivo, que en términos concretos es muy difícil de probar si a ello se opone falta de conciencia del acto) y la norma. En esta relación, entra en juego un conjunto necesario de reconstrucción de significantes valorativos, en los que la norma no puede dejar de ser interpretada, pues, como hemos dicho, precede al acto y no se desprende de él.

1.2.4.2 El realismo de Alf Ross

Para entender la teoría de Ross, se debe partir de la distinción entre normas jurídicas y fenómenos jurídicos. Por las primeras, Ross (1994) entiende al conjunto normativo en cuanto tal, al derecho como sistema individual que aglutina tales normas. Este sistema es de carácter nacional y se remite a una circunscripción en un momento determinado. Por otra parte, de la normatividad jurídica devienen acciones concretas de actores sociales que pueden ser entendidos como fenómenos jurídicos. Esta distinción separa objetos cognoscibles distintos y sobre los cuales se requiere un abordaje diferente.

Para Ross, el derecho debe ser tomado como una cuestión fáctica, cuya justificación y validez no puede ser entendida como lo ha hecho el derecho natural, es decir, asumiendo la existencia de una moral natural. Todo derecho es positivo, puesto que es un hecho, existe en concreto y tiene un momento y una circunscripción determinada, “no existe derecho natural porque no hay una ética natural” (Ross, 1994: 201).

Ross entonces reconoce dos ramas del positivismo jurídico: uno propiamente empírico, el cual intenta desarrollar, y otro de corte racionalista – formalista, como el de Kelsen, un positivismo que él cataloga de *cuasinaturalista*. El siguiente argumento ejemplifica la posición del jurista danés:

La validez en el sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. (Ross, 2008: 215)

Para la corriente kelseniana, una norma existe si es válida, y lo es porque los individuos

la obedecen; pero dado que la norma ya estipula lo que los individuos deben hacer, entonces el argumento es circular y constituye una crítica a la condición de eficacia del positivismo formalista. La circularidad sería: la norma es válida por sí misma, porque ya expresa un mandato, y el mandato se sigue porque la norma existe. Ross no está de acuerdo con ello. Precisamente, Ross reconoce que la característica primordial de la teoría de Kelsen es la pretendida “pureza”, pero que esta es la que precisamente une a Kelsen con el naturalismo. Para poder salvar tal pureza, Ross dice que Kelsen apela a la norma fundamental y de allí ve a las normas como proposiciones que pueden deducirse, para Ross, ver a las normas como proposiciones es totalmente falso y es lo más débil de la teoría kelseniana:

En mi opinión, la imposibilidad de llegar a una definición puramente normativa de la esencia del derecho es que el postulado de esta definición - que el derecho está constituido por proposiciones - es falso. El elemento decisivo en esta concepción es que se da a las proposiciones del derecho una significación objetiva que puede ser observada en sí misma, desvinculada de los actos psicológicos a través de los cuales son expresadas y percibidas. Se hace una analogía entre las proposiciones jurídicas y otras como « $2+2=4$ », entre la ciencia del derecho y las matemáticas.

Se supone que las proposiciones jurídicas, como las matemáticas, tienen una significación objetiva absoluta que es diferente e independiente de los actos del pensamiento y la experiencia, por los cuales la proposición viene a ser expresada. De allí, se deduce enseguida que la ciencia del derecho no tiene más que ver con las matemáticas que con la psicología (sociología): estas dos ciencias están enteramente preocupadas por la significación ideal de la proposición en cuestión, pero no tienen su fundamento en la psicología real (sociología). Es decir, la ciencia del derecho no tiene nada que ver con los actos sociales por los cuales se crea la experiencia jurídica. Esta analogía es falsa. En otro trabajo, intenté mostrar que las proposiciones normativas sobre el deber o el valor no se refieren a casos específicos, pues solamente pueden estar considerados como expresiones racionalizadas de ciertos sentimientos y actitudes percibidos de forma subjetiva. De allí, la proposición normativa no posee ninguna significación que pueda representar independientemente la realidad psicológica vivida. Ésta no puede ser “un pensamiento”, de la cual la verdad o falsedad puede ser comprobada independientemente de su experiencia psicológica. Por el contrario, la proposición normativa puede solamente ser observada en su ocurrencia real como fenómeno psicológico que lleva a que se manifiesten otros fenómenos psicofísicos (sentimientos y actitudes). Pero lo que “lleva a que se manifiesten nada tiene que ver con la significación; ello significa solamente que la proposición normativa es considerada como un hecho, que se inscribe en una relación causal con otros fenómenos psicofísicos no observables directamente, pero que pueden ser deducidos de la experiencia... Si esta concepción de que las proposiciones normativas como proposiciones racionales, que son simplemente lógicas sin ninguna significación objetiva es correcta, de ello resulta que toda tentativa de concebir el derecho como una significación que puede ser expresada independientemente de la realidad psicológica es imposible. Por consecuencia, las proposiciones jurídicas no pueden, a partir de su contenido, ser concebidas como significaciones lógicas, porque son, después de haber sido formuladas, elementos reales de un sistema psicofísico más grande. La proposición jurídica no puede ser aprehendida como un pensamiento, sino como una parte real de un verdadero conjunto de experiencias. (Ross, 2014: 15-16)⁶⁰

⁶⁰ Tomado de la traducción francesa del original en danés, aparecido en *Revus* que consta en la bibliografía (la traducción es mía). “A mon avis, l'impossibilité de parvenir à une définition purement normative de l'essence du droit tient au fait que le postulat de cette définition - que le droit est constitué de propositions - est faux. L'élément décisif dans cette conception est que l'on donne aux propositions du droit une signification objective qui peut être observée en elle-même, détachée des actes psychosociaux à travers lesquels elle est exprimée et perçue. Une analogie est faite entre les propositions juridiques et les propositions comme « $2 + 2 = 4$ », entre la science du droit et les mathématiques. On suppose que les propositions du droit,

Ross reconoce en la tradición jurídica tres tipos de acepciones de validez, que terminan confundiendo el problema para construir un sistema de estudio de normas válidas. El primer criterio de validez es si una norma o un acto jurídico tienen los efectos deseados. La segunda, en la línea de Kelsen, basada en un sistema de normas que se derivan de otras. La tercera es la validez asociada a la justicia (propia del *iusnaturalismo*). Por ello, Ross adopta una postura de validez de acuerdo a la vigencia de un conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para las acciones individuales o para todo fenómeno jurídico (Ross, 1994). El derecho como conjunto de normas es válido si está vigente y crea un marco referencial moral y epistémico para incidir en la acción de los individuos. En este sentido, su proyecto positivista es aún más radical que el kelseniano, pues la validez está dada sobre el único requisito de estar legislado (condición de vigencia). “Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación” (Ross, 1994: 17).

Para Ross, la ciencia del derecho debe aceptar esta condición para su propia validez en términos científicos, pues es una realidad evidente. Por todo esto, él propone una ciencia del derecho de carácter empírico y la define de la siguiente manera: “...la actividad que pretende describir el derecho efectivamente en vigor en cierto país en un momento determinado” (Ross, 2008: 202).

Pero la ciencia del derecho puede dividirse también, en cuanto a las normas jurídicas y a los fenómenos jurídicos. La primera es lo que tradicionalmente se conoce como dogmática jurídica. En este punto, Ross coincide con Kelsen, la ciencia jurídica está compuesta por las aserciones que se hacen sobre las normas, no contiene normas. El derecho es aquel que contiene normas y produce fenómenos jurídicos concretos. Tomando en cuenta que solo existen derechos particulares, legislados por un ente autorizado (el Estado) y que generalmente tienen una circunscripción determinada, no podemos hablar de derecho, sino de derechos diferentes, cada uno con su carácter particular, debido a que el derecho es tal solo si es vigente, como lo habíamos dicho.

comme les propositions mathématiques, ont une signification objective absolue qui est différente et indépendante des actes de pensée et d'expérience, par lesquels la proposition en vient à être exprimée. De cela, il est ensuite déduit que la science du droit n'a pas plus à voir que les mathématiques avec la psychologie (sociologie): ces deux sciences sont entièrement préoccupées par la *signification* idéale de la proposition en question, mais non avec son fondement psychologique-réel (sociologique) [313]. Autrement dit, la science du droit n'a rien à voir avec les actes sociaux par lesquels on fait l'expérience du droit. Mais cette analogie même est fautive. Dans un travail antérieur, j'ai tenté de montrer que les propositions normatives sur le devoir ou la valeur ne se réfèrent pas à un cas spécifique, mais peuvent seulement être considérées comme des expressions rationalisées de certains sentiments et attitudes subjectivement perçus. Dès lors, la proposition normative ne possède aucune signification qui peut la dépendre indépendamment de la réalité psychologique vécue. Elle ne peut être « une pensée », dont la vérité ou la fausseté pourrait être testée indépendamment de son expérience psychologique. Au contraire, la proposition normative peut seulement être observée dans son occurrence réelle comme phénomène psychophysique qui conduit à ce que s'expriment d'autres phénomènes psychophysiques (des sentiments et des attitudes). Mais ce « conduit à ce que s'expriment » n'a rien à voir avec la « signification »; il signifie seulement que la proposition normative est considérée comme un fait, qui s'inscrit dans une relation causale factuelle avec d'autres phénomènes psychophysiques non immédiatement observables, mais dont l'expérience peut être déduite... Si cette conception des propositions normatives comme propositions rationalisées, qui simplement apparaissent logiques sans avoir aucune signification objective, est correcte, il résulte que toute tentative de concevoir le droit comme une signification qui pourrait être exprimée indépendamment de la réalité psychologique est impossible. Par conséquent, les propositions juridiques ne peuvent, à partir de leur contenu, être conçues comme des significations logiques, mais elles peuvent l'être, après avoir été réellement formulées, comme éléments réels d'une cohérence psychophysique plus grande. La proposition juridique ne peut pas être appréhendée comme une pensée, mais seulement comme une partie réelle d'une véritable cohérence d'expériences.”

1) Una ciencia que trata sobre las normas, cuyo carácter es ideal en el sentido de *deber ser*; y debe exponer al sistema. Para Ross, esta forma de entender la ciencia del derecho debería estar compuesta por la dogmática, la historia del derecho y el derecho comparado. A excepción de la primera, las otras están íntimamente vinculadas con el saber empírico.

2) Una ciencia sobre los fenómenos jurídicos, cuyo carácter es fáctico, objetivo y sigue los principios de cualquier ciencia. Se la podría conocer como sociología jurídica y está compuesta por la sociología propiamente dicha (es decir científica en el sentido de descriptora, explicativa, predictiva) y la sociología aplicada, encaminada a crear elementos para el propio derecho. Ross asume que la sociología es una ciencia porque trata de “hechos” y no solo de normas ideales para el deber ser, es decir, que se remite a la propia separación humaneana entre lo que es y lo que debería ser.⁶¹

Entonces, la conexión más o menos es así: el derecho es tal si tiene vigencia, es decir si constituye un marco referencial válido, sancionado por una autoridad competente que incide en una sociedad determinada (por lo cual es un producto individual de cada Estado) y del cual se desprenden fenómenos jurídicos que son los que deben ser estudiados por una ciencia positiva del derecho. Los factores que inciden en el derecho, por supuesto, son extra jurídicos (es decir que sobrepasan la sola existencia de normas) y como tal deben ser incluidos en el estudio de la ciencia jurídica.

La dogmática, por otra parte, se refiere a las aserciones que se hacen sobre las normas y su función es exponer el sistema (Ross, 1994). Sobre la dogmática y la pretensión de universalidad que ha atravesado al derecho, Ross tiene una formulación simple y concluyente. Dado que el derecho es una realidad individual, solo puede ser señalado, no definido, porque resulta complejo abstraer un conjunto de principios que los definan en común, por ende, la misma dogmática ha de referirse a los derechos nacionales como entidades suficientes con una coherencia interna de sentido y significación. Por supuesto, existen factores históricos, culturales, sociales, morales, que pueden hilar caracteres comunes entre varios cuerpos jurídicos, sobre todo entre los occidentales, derivados del derecho romano, pero esto no constituye, por sí mismo, un elemento suficiente para lograr una definición de universalidad, por lo que los derechos deben ser señalados y estudiados de esa manera, no como conjunto autónomo y suficiente, pues no existe necesariamente coherencia interna.

Por tanto, un derecho puede ser descrito como se lo hace con las normas de un juego cualquiera, pero no como normatividad de *los juegos*, porque tal cosa, en derecho, no tiene

⁶¹ “El derecho no es una suma de proposiciones o doctrinas sino los *fenómenos jurídicos* en el sentido de la entera coherencia psicosocial de actitudes y comportamientos sociales y de las formulaciones racionalizadas en la que éstas vienen a ser expresadas. Esto significa que la totalidad de la realidad jurídica puede ser el objeto de dos observaciones relativamente distintas. Sea como sociólogo del derecho, se puede interesar en el estudio de leyes psicológicas y sociológicas que explican cómo las actitudes del comportamiento nacen y se desarrollan; sea como jurista, se puede interesar en el contenido ideológico racionalizado por el cual estas actitudes del comportamiento encuentran su expresión. Pero cabe recordar que estas dos formas de observación no son más que abstracciones” (Ross, 2014: 16).

J’ai exprimé cela en disant que le droit n’est pas une somme de propositions ou doctrines mais le *phénomène juridique* au sens de l’entière cohérence psychosociale des attitudes de comportements sociaux et des formulations rationalisées dans lesquelles elles viennent à être exprimées. Cela signifie encore que la totalité de la réalité juridique peut faire l’objet de deux observations seulement relativement distinctes.

Soit on peut, comme sociologue du droit, s’intéresser à l’étude des lois psychologiques et sociologiques qui expliquent comment les attitudes directives du comportement naissent et se développent ; soit on peut, comme juriste, s’intéresser au contenu de l’idéologie rationalisée par laquelle ces attitudes de comportement trouvent leur expression. Mais il faut se rappeler que ces deux manières d’observer ne sont que des abstractions.

coherencia.

Lo importante en Ross es que el realismo jurídico pretendía instaurar una ciencia diferente de la propiamente normativa, basada en los fenómenos jurídicos entendidos como hechos. A partir de ello, se configura la sociología jurídica, como una rama naciente de las ciencias sociales, influido por la concepción de ciencia del positivismo lógico. Para el positivismo lógico, no debería existir ninguna diferencia en el sentido explicativo – predictivo, entre las ciencias naturales y las ciencias históricas (Hempel, 1994). Así: “Ross seems to imagine that it is possible, by using exact empirical research, to find invariant correlations between phenomena in law and society, independent of time and place” (Dalberg-Larsen, 2010: 42).

En efecto, si bien Ross asume que los sistemas jurídicos son particulares, el carácter científico que no se limita a describir hechos, debe explicarlos en su comportamiento general, mucho más para la ciencia empírica que para la dogmática. La sociología jurídica entonces es la respuesta, pues permite complementar las carencias y limitaciones formalistas de la propia dogmática, pues ambas estudian aristas diferentes de fenómenos comunes. Si bien la sociología jurídica es una disciplina en ciernes, es primordial partir de la definición clara de su objeto en cuanto a los fenómenos jurídicos, para completar el círculo de una verdadera científicidad del derecho. La propia sociología como ciencia también aportaría las herramientas conceptuales y metodológicas necesarias para convertirse en sociología aplicada y así dotar de realismo a los criterios y parámetros para crear normas, aunque esto ya salga del marco estrictamente científico.⁶²

Siguiendo con lo expuesto por Stevenson (1937) y los emotivistas, los enunciados jurídicos no son susceptibles de explicación científica, porque no se refieren a hechos, sino que su significado está en un orden de intenciones (lo cual les otorga un significado más bien emotivo y no empírico). En este sentido, Ross entiende que al no referirse a hechos, la científicidad del derecho debe construirse por fuera del sistema legal-formal, entendiendo que esta ciencia debe tratar de los hechos sociales producidos en el ámbito jurídico.

A continuación se exponen algunos de los puntos que comportan problemas epistemológicos observables en la teoría de Ross:

1. El primero y más obvio, está relacionado a que el estatus científico del derecho depende de una ciencia externa al mismo y que apenas la tiene como objeto de estudio. En la división entre estudio normativo y estudio de los fenómenos jurídicos existe un problema sustantivo. El carácter empírico que Ross le quiere dar a su ciencia, para convertirla en una ciencia fáctica, parte apenas de considerar al derecho como objeto, pero no como sistema teórico explicativo, así el derecho se convierte apenas en un *motivo* de análisis sociológico. Ross no cae en cuenta en la simpleza que los genitivos “sociología de...”, “filosofía de...”, son saberes de “segundo orden” (Díez y Moulines, 1997), que tratan sobre elementos de un primero y que el carácter sustantivo está en los métodos de los primeros, sociología, filosofía, etc. Pensar en que

⁶² Además, Ross reconoce la existencia de una filosofía del derecho, que comprende elementos analíticos, éticos y socio-históricos con los cuales se entiende el derecho y es tradicionalmente conocido como “jurisprudencia”. La filosofía del derecho está más ligada al carácter ético y moral de las normas, pues reconoce la división moderna entre la filosofía y las ciencias que estudian entidades concretas o abstractas. La filosofía es el sistema explicativo del conjunto del derecho y se convierte en un saber de segundo orden (Ross, 1994).

el estudio sociológico del derecho, convierte al derecho en una ciencia empírica, sería como pensar que el estudio filosófico de la ciencia, convierte a la ciencia en una filosofía (de muchas maneras lo es, pero por otras razones).

Se puede afirmar que la ciencia es un tipo particular de filosofía, pero no es filosofía en sentido general (atendiendo al carácter especulativo de la filosofía, a que no trata necesariamente sobre elementos empíricos y que su racionalidad no radica en la contrastabilidad de las propuestas). El derecho no es un tipo particular de sociología, es un producto social, que es otra cosa. Analizar al derecho desde la sociología, convierte a la sociología del derecho, en una subdivisión de una ciencia empírica social, pero no construye una ciencia del derecho, pues lo que se está haciendo es sociología, no jurisprudencia (para usar un término que comprometa cierto “estatuto científico”); lo contrario también sería pensar que si se hace filosofía de la ciencia, el genitivo le daría carácter científico a la filosofía. Éste es uno de los puntos más débiles de la teoría de Ross, y contiene una confusión *naïf* y análoga a la propuesta de Kelsen de una teoría pura de carácter formal porque utiliza herramientas de la lógica.

2. Me parece que la propuesta de Ross tiene un carácter crítico importante, porque devela las pretensiones científicas de una ciencia puramente valorativa–normativa; pero esta misma crítica, en el fondo, no supera esa especie de “envidia por la física” que caracterizó a los saberes humanistas y sociales del siglo XIX. Ross rescata la obiedad, “ampliamente” olvidada, de que el derecho es un producto humano y por ende produce fenómenos concretos más allá de abstracciones sobre su validez, legitimidad, etc. Sin embargo, el estudio de estos fenómenos concretos no son parte del derecho en cuanto tal, esto es forzar innecesariamente los límites de los campos de cada saber.

Las aseveraciones de Ross tampoco se enmarcan en las discusiones sobre el estatus epistemológico de las ciencias sociales (en este caso de la sociología o la historia), y asume, sin más, que al tratar de fenómenos concretos, el estatuto de científicidad está asegurado por el estudio de fenómenos empíricos.

3. Otro elemento indemostrable es la presunción de que el derecho funciona como un modelo cognitivo para la toma de decisiones (pues es un marco de interpretación como se dice en la cita que lo ve como un todo coherente que “configura un esquema de interpretación”). De esto se habla en otro capítulo, pero me parece pertinente aclarar algunas cuestiones. La primera (1) es que la dificultad de definición del derecho (o incluso su indefinición) hace imposible rastrear o corroborar esta aseveración. En segundo lugar (2), el derecho es un sistema extensísimo y complejo y su existencia formal es independiente de la conciencia humana sobre su existencia, de acuerdo a una máxima de la dogmática jurídica – los actos son imputables si contradicen una normativa que los coacciona, y son susceptibles de sanción no porque el actor sepa que contraviene una norma, sino por el acto en sí mismo; la conciencia del acto en cuanto tal, recae en el imputado, pero la conciencia como acto jurídico es ajena a él -.

Este sistema complejísimo no puede funcionar en sí mismo como modelo cognitivo o heurístico y tal condición tampoco es necesaria para su lógica sistémica

(pues es contrario al propio principio de completitud de las normas, es decir, a la búsqueda de que el derecho pueda subsumir la mayor cantidad de casos conocidos, porque lo contrario es un caso de “vacío jurídico”).

Como habíamos indicado, un modelo cognitivo debe proporcionar herramientas analíticas que funcionen como atajos para disminuir los esfuerzos (De Donato – Zamora Bonilla, 2009; Nagel, 1979), por lo que el derecho difícilmente puede funcionar así.⁶³ Más bien, la psicología cognitiva y la economía nos dicen que son las costumbres y valores las que funcionan como modelos cognitivos fuertemente arraigados. Como se sabe, el derecho está compuesto de estos valores, pero no es idéntico a ellos, está extraído de ellos, pero no es igual. Quizá, es más probable que en el mundo judeo-cristiano, el decálogo mosaico sirva más como modelo cognitivo o *ethos*, que el contenido positivo del derecho civil o penal.

4. Otra cuestión central en la teoría de Ross es aseverar que una ciencia jurídica, dado que se basa en fenómenos concretos, debe poder dar herramientas analíticas para predecir las futuras decisiones jurídicas (Núñez Vaquero, 2013).

Si bien el derecho impone racionalidades restrictivas que son ajenas a otros espacios de la vida social, y permite constreñir el campo de acción de un agente, esta posibilidad de predicción de decisiones individuales no tiene un asidero epistémico visible. Más bien parecería una manifestación de intenciones, que el ideal sería predecir los sucesos futuros y sobre ellos mejorar la normativa y técnicas jurídicas; pero no existe ninguna explicitación de los elementos involucrados en tal predicción.

Cabe destacar que el principio de simetría entre explicación y predicción de Hempel (1996), que compagina explicación científica con predicción de los sucesos concernientes en ella por las regularidades nómicas expresadas en las teorías, es más bien una cuestión de las ciencias naturales, aunque para Hempel la relación explicación-predicción sea un ideal para todas las ciencias (este punto se amplía en la segunda parte de este trabajo).

Cabe resaltar, que las predicciones en ciencias sociales no funcionan de esta manera. Como habíamos ya anotado, las explicaciones en ciencias sociales son más bien una especie de modelo interpretativo. Aun cuando el ideal es que la explicación científica sea común a todas las ciencias empíricas, la predictividad de las mismas varía con respecto al funcionamiento de los elementos estables de los fenómenos naturales. Por ello, se habla, en general, de ciencias nomotéticas que estudian regularidades e ideográficas para comprender casos e interpretarlos (Rickert, 1965).

Al respecto, es importante hacerse la pregunta de ¿cuál es el sentido epistémico real de tal predicción, podría ser parte de una ciencia jurídica u obedece a factores cognoscitivos que trascienden la esfera del derecho? La propuesta de Ross es una síntesis entre posturas sociologistas y psicologistas, pues pone énfasis en los procesos cognitivos de la toma de decisiones de acuerdo a factores sociales que interfieren en las mismas.

⁶³ Una prueba de esta imposibilidad quizá sea la poca persuasión que los modelos penalistas punitivos tienen en la disminución de los índices de criminalidad. Hay toda una discusión al respecto. Pensar en los elementos disuasivos de estas penas implicaría “saber” que los criminales “saben” de las leyes o sus reformas.

El trabajo de Ross es ajeno a cualquier teoría de lógica doxástica, deóntica o epistémica, sencillamente porque en los tiempos en los cuales el danés desarrolla sus teorías, este tipo de lógica, así como la teoría de juegos, o no existían o no se habían extendido. En todo caso, no forman parte de un análisis del derecho, no es una cuestión de objeto de estudio de una ciencia especial, sino un método que se puede aplicar a varias disciplinas.

En el caso de ser posible tal predicción ¿exactamente de qué daría cuenta? ¿Del comportamiento humano bajo ciertas circunstancias? ¿Es el derecho una ciencia del comportamiento humano, describe tal comportamiento o más bien lo prescribe? Nuestra posición es que el objeto del derecho como práctica normativa es más bien prescriptivo.

5. El trabajo de Ross nos pone en los límites del campo de análisis del derecho. Por un lado, la dogmática como ciencia del derecho (lo que sea que esto signifique) y por otro, la sociología del derecho como ciencia de los fenómenos jurídicos concretos: decisiones, actos jurídicos, etc.

Ross supera la cosificación del derecho positivo, de la norma escrita y la coloca en un contexto social, lo cual puede ser reivindicado con total pertinencia y validez, pero nos coloca en la pregunta por los límites del derecho como tal, en el mismo como técnica prescriptiva y como normatividad y no como explicación de factores sociales a los cuales está relacionado. Este factor es sumamente importante, porque se une a uno de los argumentos principales de por qué el derecho es concebido como una ciencia social y es el criterio de que el derecho “trata” de lo humano (Dilthey, 1883-1966; Ross, 1994; Fitta Quirino, 2010).

Esta aseveración de “tratar” de lo humano es espuria. El derecho no trata de lo humano, aunque, por supuesto, para usar una vieja expresión, “nada de lo humano le es ajeno”.⁶⁴ No lo trata en el sentido en el que no lo estudia, sino que lo norma de acuerdo a una axiología, es una convención normativa y no una teoría explicativa de lo humano.

Como hemos dicho, si se convierte en una ciencia que “trata” de fenómenos jurídicos o del comportamiento humano, el derecho apenas sería el ámbito de aplicación de otro tipo de ciencias: historia *del derecho*, sociología *del derecho*, psicología *del derecho*, etc. Esta confusión de ámbitos se deriva de la legítima búsqueda del autor danés de superar la cerrazón sistémica, pero que pierde el rumbo epistémico (que a fin de cuentas, quizá sea irrelevante en relación a otros problemas acuciantes con los que el derecho está relacionado, en el ámbito *humano*, como la justicia social, la equidad, etc.). Relacionarse con lo humano (un principio antropocéntrico de lo más elemental, nos diría que cognitivamente *todo* es humano, lo que no quiere decir que lo cognitivo sea todo lo existente, pero para los humanos es

⁶⁴ *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*. Frase de Terencio en la comedia *Heautontimorumenos*, que puede ser traducida como “el que se castiga a sí mismo” (Del Col, a/s: 2), basada en una obra de Menandro (siglo IV a. C.), y es una *fabula palliata*, es decir que tiene un ambiente griego. La frase es dicha por Cremes, en la primera escena, al inicio de la comedia, como respuesta a Menedemo por juzgar como “mundanas” a sus ocupaciones. La frase podría ser traducida literalmente como: “hombre soy, pienso que nada de lo humano me es ajeno” y que ha sido vindicada desde diferentes perspectivas, una de ellas desde el humanismo, para resaltar el carácter de las creaciones humanas, tanto como las propias debilidades atribuidas a nuestra especie.

todo a lo que podemos acceder – al menos para la ciencia) no es tratar lo humano y no es una condición suficiente para pensar en el derecho como una ciencia social. Aquí, una manifestación explícita: en el presente trabajo, negamos la condición del derecho como ciencia social.

6. Para Alf Ross, el derecho es vigente si y solo si es un esquema válido de interpretación para las decisiones y la conducta. Esta vigencia no puede deslindar a la conciencia de los sujetos jurídicos de sus obligaciones. Estas obligaciones están dadas por la normatividad, que o rige conductas (al permitir o prohibir) o dicta competencias. Dentro de las competencias se dice que el Estado y sus órganos son los encargados de activar las sanciones. Entonces la vigencia se convierte en bidireccional, pues son las instancias de justicia las que *deben conocer* cómo el sujeto jurídico lleva a cabo las obligaciones para que sea vigente y tenga efectividad.

Así, el derecho es un sistema coherente si está relacionado a la potestad única del Estado de legislarlo y entonces, no hace falta definir al derecho, sino solo señalarlo. El derecho existe como sistema y producto individual de cada Estado. Si el derecho es obligación y el desacato involucra una sanción externa a la conciencia de los sujetos jurídicos, al no existir tal conciencia de parte de quien debe conocer el proceso jurídico, no existiría derecho. Alf Ross nos dice que son los actos de las instituciones de justicia, los tribunales, juzgados, etc. los que dan vigencia al derecho. Sin los “fenómenos jurídicos” no existe derecho; es decir, sin una sanción concreta que dé cuenta del conocimiento (cuando se acusa conocimiento de la obligación, la falta, el acto, etc.), no hay vigencia. El derecho solo tiene posibilidad de existir como conciencia en esa relación, puesto que incluso cuando se comete un acto que evade una obligación jurídica, la conciencia del acto es lo que permite la imputabilidad (la afirmación del individuo en su libertad y voluntad para acometer tal acto) y por tanto es posible de juzgar.

De acuerdo a Ross, el derecho solo es vigente, si se dan todas esas relaciones. En el caso del derecho penal, por ejemplo, no se conoce el cumplimiento, sino que se norma la conducta y se sanciona el desacato si se tiene conocimiento. No se tiene conocimiento del cumplimiento, sino del desacato.

El derecho como convención humana no existe fuera de la conciencia humana, es producto de ésta, y constituye una entidad abstracta compleja que produce fenómenos concretos; entonces, se debe especificar el ámbito; se debe saber perfectamente si el derecho es la convención o los resultados (los fenómenos jurídicos). Con esto quiero decir que ¿cuál es el objetivo de una supuesta ciencia del derecho? La convención o el conocimiento de lo que esta convención (arbitraria en un punto determinado) produce a través de su aplicación o desacato.

1.2.5 Diferentes modelos que explican la cientificidad del derecho

En este apartado se presentan varias propuestas teóricas sobre el problema de la cientificidad jurídica. El filósofo del derecho mexicano, Víctor Manuel Rojas Amendi (2006) identifica cuatro paradigmas de la epistemología jurídica. En una revisión de la evolución de los paradigmas epistémicos, usando la teoría de Kuhn, este autor ve una prevalencia de tres

grandes paradigmas en el pensamiento occidental: 1) el ontológico de la metafísica medieval que propondría una tesis en el que hay una unidad entre el ser, saber y objeto; 2) el de la filosofía moderna en el que hay una separación entre saber y objeto; 3) la filosofía del siglo XX, caracterizada por los trabajos lingüísticos y de lógica simbólica, aquello que Rorty denominaba “giro lingüístico”.

De allí se derivan cuatro paradigmas en el pensamiento jurídico:

1. Paradigma ontológico-metafísico: aquí “el saber se (sic) aparece como una imagen específica del objeto. Los procesos cognoscitivos son entendidos como “flujos” que salen, tanto del sujeto como del objeto, cuya unión externa y mecánica forma la imagen” (Rojas Amendi, 2006: 388).

Se presentan tres formas metafísicas: gnoseológica por la razón, ontológica por el ser y teológica por Dios. Los principales exponentes estarían en la tradición aristotélica-tomasina y se puede expresar por “una inclinación natural a la acción debida y al bien-común” (Rojas Amendi, 2006: 389).

2. Separación sujeto-objeto, que de acuerdo a Rojas Amendi inicia con Descartes y se consolida con Hume. “La metafísica ya no será el conocimiento del en sí – expresión contradictoria en sí misma porque no hay conocimiento sino para nosotros -, sino de la forma del pensamiento, con lo que la metafísica se transforma de ontología en teoría del conocimiento” (Rojas Amendi, 2006: 393).

Kant sería la expresión más lograda de este paradigma jurídico (que, curiosamente, se consolida con Hume, empirista opuesto a Kant), pues estaría en contra de un derecho derivado de esencias ontológicas, y que más bien debería estar consolidado en la razón. Al ser el derecho forma de conseguir la libertad, la resume en “arbitrio de uno con el de otro, según una ley general de libertad”, cita tomada de la *Metafísica de las costumbres* de Kant.

La influencia del propio Kant en la filosofía idealista alemana pasa de Fichte y Schelling hasta la filosofía trascendental de Fries y Bernecke. En lo jurídico, el influjo kantiano se evidencia en los autores idealistas de la segunda mitad del XIX, como Merkl, Binding o Bluntschli, quienes postulan que los contenidos jurídicos no pueden ser accesibles al conocimiento científico. De allí, hay un canal que va de estos juristas a Stammler y Kelsen.

Kelsen sería el autor más acabado de la continuación de este paradigma, que viene del formalismo kantiano, pero que rompe con él, al criticar que Kant no establece una diferencia tajante entre “ser” y “deber ser”. Como hemos visto, la principal propuesta de Kelsen es la “norma fundamental”, que funcionaría como un formalismo hipotético. “De la ‘norma fundante básica’, principio de la razón pura, se derivan todas las normas pertenecientes al sistema, mediante reglas operativas o de comprobación, que siguen un proceso deductivo de mayor a menor” (Rojas Amendi, 2006: 400). Rojas Amendi nos dice que lo que en Kant es el imperativo categórico, en Kelsen es la

‘norma fundante básica’ (p. 401).⁶⁵

3. Paradigma de la fuerza que sigue la tendencia de la sociología clásica que relaciona al derecho con la fuerza. “Tener derecho en el sentido sociológico significa que se tiene una posibilidad garantizada de pedir la ayuda de un mecanismo coactivo que exista para tal fin” (p. 402). Autores como Ihering en *La lucha por el derecho*, para quien “el derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza” (citado en Rojas Amendi, p. 402) o Alf Ross son los que mejor muestran este paradigma.
4. El paradigma del giro lingüístico. Para Rojas Amendi, la filosofía analítica habría dado lugar al positivismo analítico de Hart: “para Hart... la cuestión fue la definición lingüística del concepto del Derecho con base en el análisis que cumple..., para lo cual se sirve de una descripción del uso del lenguaje vulgar” (Rojas Amendi, 2006: 404). Por ello, el positivismo de Hart se relacionaría con la búsqueda del giro lingüístico de entender a lenguaje como un conjunto de interacciones sociales y el uso lenguajes formales para el análisis.

Otro autor significativo sería Ronald Dworkin, quien ve en el derecho una “práctica interpretativa”, que seguiría la tradición hermenéutica iniciada por Gadamer. “La teoría de Dworkin identifica la esencia del Derecho con la función de la aplicación de las normas en los procedimientos judiciales y ya no en las normas que forman parte del sistema” (Rojas Amendi, 2006: 407); es decir, que el verdadero sentido está en la acción jurídica en donde siempre hay una interpretación posible, de acuerdo a quienes la aplican.

Por otro lado, de acuerdo a Núñez Vaquero (2013), en el debate sobre la cientificidad del derecho, se pueden reconocer cinco modelos que explican el objeto y el método de la ciencia jurídica como tal. Estos modelos se debaten en las tres grandes líneas antes expuestas y son parte de un intento propio del derecho de erigirse como una disciplina autónoma. En la propuesta de Núñez Vaquero, se puede notar que se trasciende el marco en el que se opone la escuela histórica–pragmática a la normativa–racionalista. Por supuesto, esta trascendencia no implica una superación de este marco analítico, sino una complejización del mismo. Estos modelos también se debaten en la ambigüedad de la calificación del objeto y método de la *legal science*, y por ello surge tal complejización. Estos modelos serían:

1. Normativo clásico – se entiende al derecho como una disciplina eminentemente normativa y a su conjunto como sistema. “The legal science should be devoted to describing the set of rules that belong to a legal system, and its further systematization” (Núñez Vaquero, 2013: 63). Este modelo de ciencia sería el propuesto por autores tan disímiles como Bobbio, Alchurrón y Bulygin,⁶⁶ por un lado;

⁶⁵ Esta última aseveración es bastante discutible. Mientras Kelsen acepta el carácter convencional y arbitrario de la norma básica, Kant ve en el imperativo categórico una expresión de la racionalidad sustantiva humana, para nada arbitraria.

⁶⁶ El proyecto de los argentinos Carlos Alchourrón (1931-1996) y de Eugenio Bulygin (1931) está inspirado en la filosofía analítica, intentando unificar las obras de lógica de Georg Henrik von Wright, Carnap y Alfred Tarski, con la filosofía del derecho, sobre todo Kelsen, Ross y Hart. Se intenta construir un sistema normativo a través de axiomas lógicos para aplicarse al derecho. Su esfuerzo en lógica deóntica es uno de los más reputados en el siglo XX.

y Kelsen, por otro.⁶⁷

El estudio de lo jurídico como ciencia debería concebir la sistematicidad, encaminada a identificar las normas que subyacen al conjunto, evaluar su validez, crear normativas y directrices para las decisiones judiciales y probar la validez de los enunciados normativos por la aplicación misma y su eficacia. La ciencia jurídica sería la encargada de entender al derecho en su conjunto, describirlo, interpretarlo y darle coherencia sistemática.

2. Realista – si bien existen también una multiplicidad de escuelas realistas pragmáticas, desde el historicismo alemán de Savigny e Ihering, hasta los realistas modernos como Holmes⁶⁸, Olivecrona, Ross; se podrían identificar dos elementos críticos en común: la primera es la existencia de una ontología humana de la cual se deducen las normas y la segunda es la metodología puramente formalista. Debido a que una característica propia del derecho es su indeterminación, resulta imposible pensar en un único sistema normativo.

Uno de los principales exponentes de esta línea es Alf Ross, quien hace una síntesis entre el realismo conductista de Holmes y el psicologicista de Olivecrona.

Para Ross (1994; 2008), la intención de entender los fenómenos jurídicos como hechos, es la de predecir futuras decisiones de los jueces. Con el conocimiento de los factores sociales, políticos, psicológicos y económicos que los jueces toman en cuenta, se puede mejorar la predicción y a su vez la eficacia, en el doble sentido del derecho, como ciencia y como práctica. “...legal science is precisely to make predictions about how judges will decide future controversies, then it’s necessary to establish how these factors influence or determinate judicial decisions” (Núñez Vaquero, 2013: 66). A esta aseveración de Núñez Vaquero, se podría sumar la necesidad del realismo de Ross de construir una ciencia explicativa de lo concreto, no solo en cuanto al intento de “predecir” las decisiones judiciales, sino también describir los fenómenos jurídicos, es decir, crear una ciencia de lo jurídico al estilo de las ciencias explicativas.

3. La dogmática “argumentativista” – los principales autores son Alexy (1989), Atienza (2005), Nino (2014)⁶⁹. Núñez Vaquero (2013: 66) lo describe así: “legal scholars not only describe the content of positive law, nor should they only describe it, but they must also propose solutions for hard cases to which, at least apparently, the law clearly does not provide a single right answer”. El énfasis que pondría esta “escuela”, es la de crear métodos argumentativos para la práctica jurídica que puedan garantizar decisiones judiciales más justas y aplicables a diversos casos. Para Alexy (1989) y Atienza (2005; con Ruiz Manero, 2004), la dogmática jurídica (la ciencia del derecho), no tiene una funcionalidad ulterior meramente descriptiva; incluso Atienza (2014) le niega el carácter científico basado en la producción de conocimiento puro, en ser mera

⁶⁷ La enorme disimilitud radica en que Bobbio, por ejemplo, dice que el derecho comparte con la política el elemento de poder y desde allí debe ser interpretado. Kelsen, como se conoce ampliamente, busca una teoría pura ajena a la moral y a la política. Sin embargo, ciertamente, ambos definen al derecho desde la normatividad.

⁶⁸ Oliver Wendell Holmes (1841-1935) fue un juez norteamericano representante de una corriente realista. En su libro más famoso fue *The Path of Law*, sostiene la necesidad de poner énfasis en el papel de los agentes jurídicos para la toma de decisiones.

⁶⁹ Carlos Santiago Nino es un jurista y filósofo argentino que ha trabajado, desde la filosofía analítica, el derecho penal, dogmática jurídica y ética normativa.

episteme; en cambio, la argumentación brinda elementos heurísticos como modelos cognitivos para resolver cuestiones atinentes a los tribunales de justicia. La ciencia del derecho o el estudio de la disciplina, en última instancia, está encaminada a la práctica.

El derecho debe tomar en cuenta el contexto social en el cual actúa y sobre esa base debe presentar argumentos para dar soluciones a los conflictos que se originan en el seno de la sociedad. Núñez Vaquero ve a esta posición como un caso especial de razonamiento práctico, pues también toma en cuenta la validez lógica de los argumentos, pero con otro tipo de elementos: capacidad persuasiva, las cualidades semántico-pragmáticas del lenguaje, la plausibilidad de los argumentos, etc.

4. La realista dogmática – los principales autores son William Douglas⁷⁰, Felix Cohen⁷¹, Karl Llewellyn⁷². De acuerdo a Núñez Vaquero, esta corriente no ha sido ampliamente teorizada pues su función se enmarca en el carácter práctico. También se parte de la tesis de la indeterminación del derecho, por lo que pone mayor énfasis en el análisis de la realidad social para tomar decisiones, pues la razón práctica puede llevar a decisiones erradas o no compatibles a la concreción de los casos particulares cuyas resoluciones se dan del estudio de casos especiales o paradigmáticos. De alguna manera, esta corriente postula una especie de escepticismo positivista sobre las posibilidades inferenciales. Este derecho es básicamente utilitarista y pretende convertirse en una aplicación práctica de conocimientos científicos de las ciencias sociales, se presenta más bien como un discurso práctico, pues este tipo de postulados son más controlables.
5. Corriente crítica a la dogmática – esta corriente, básicamente argentina e italiana, tiene una postura crítica con las pretensiones de sistematicidad normativa del derecho. Al igual que la crítica a la indeterminación del derecho en cuanto a su objeto y método, también postulan que el derecho moderno, al ser un producto histórico del liberalismo, lleva el germen de una contradicción fundamental, que se debate entre el liberalismo (derechos civiles fundamentales) y el altruismo que es el objeto mismo de la existencia del derecho.

En la clasificación expuesta por Núñez Vaquero, se puede reconocer corrientes que por uno u otro motivo niegan la científicidad del derecho y ponen especial acento en su sentido práctico, sobre todo en el caso de la dogmática práctica y argumentativa. Las corrientes normativista y realista son las más importantes en lo que respecta a la disputa racionalista-empirista, que remarcen la necesidad de construcción de un saber científico; sobre todo en los casos emblemáticos de las corrientes relacionadas a Hans Kelsen y Alf Ross, que expresan algunas de las propuestas más acabadas al respecto del estatuto epistemológico del derecho y sobre las cuales se hará un análisis específico.

⁷⁰ William Douglas (1898-1980) fue un jurista y política estadounidense, juez de la Suprema Corte desde 1939 hasta unos años antes de su muerte. Su libro más famoso es un compendio de sus escritos a lo largo de su carrera, sobre todo en sus años de trabajo en la Suprema Corte, llamado *Nature's justice: Writings of William o Douglas*, en donde se registra el legado jurisprudente del juez.

⁷¹ Felix Cohen (1907-1953) fue un filósofo jurídico norteamericano que devino en uno de los representantes más conspicuos del realismo jurídico en EEUU. Se opuso a las tendencias abstractas que seguían al formalismo, por considerarlas como inconsecuentes y faltas de consistencia con lo que acontece en los tribunales. Contribuyó al debate contra el idealismo en *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, publicado en *Columbia Law Review* en 1935.

⁷² Karl Llewellyn (1893-1962), jurista norteamericano, fue uno de los más eximios representantes del realismo jurídico de la primera mitad del siglo XX.

Me parece importe recalcar varios aspectos relacionados a este debate:

- El reconocimiento general de un saber normativo práctico y otro destinado a dar cuenta, analizar o interpretar el conjunto del derecho, pero que no pueden entenderse de forma separada.
- La indeterminación del problema jurídico ante la confusión de su objeto, método y el problema del porqué determinar tal o cual estatuto epistemológico del derecho.
- El énfasis en la disputa empírico-racionalista que engloba también a la filosofía de la ciencia.
- El reconocimiento de la especificidad histórica del derecho moderno anexo al liberalismo político. El derecho es una expresión específica que comparte con el liberalismo la propuesta metodológico-ontológica y epistémica del individualismo metodológico como forma de generalidad del ordenamiento social y cognitivo. Los agentes jurídicos son los individuos.
- La discusión sobre la cientificidad del derecho es producto de un debate más amplio que compromete a todas las ciencias sociales (en las cuales se tiende a ubicar al derecho⁷³) a partir del siglo XIX, ante el desgaste de la legitimidad metafísica del derecho, propia del naturalismo.

1.3 Definición del derecho

A continuación se hace un recuento de cómo varios autores clave conciben al derecho y al problema jurídico en general. El objeto es retomar varias de estas discusiones para llegar a una definición propia o al menos una demarcación de los principales elementos de esta disciplina y lo que conlleva. Una vez trazados los elementos, en lo posterior, se puede hacer un análisis epistémico más específico.

Una definición es delimitación, su objetivo es establecer la esencia o *quiddidad* de una entidad concreta u abstracta, fenómenos o relaciones entre ideas (Ferrater Mora, 2001: 796).

Resulta difícil determinar tal *quiddidad* de un fenómeno tan heterogéneo o variable como el derecho, por ello, existen varios autores que toman una postura cercana a la imposibilidad de definir el derecho (Atienza, 2001). La crítica parte de la presunción de una esencia estable detrás de cada cosa a definir, intentar definir “lo que la cosa es” (explicación *to hoti*).

Hacer definiciones reales va ligado al esencialismo lingüístico, esto es, a la creencia errónea de que la relación entre las palabras y su significado no es convencional, sino que tiene carácter necesario. (Atienza, 2001: 51)

⁷³ Desde la afirmación de Wurzel, de que el derecho es la primera de las ciencias sociales (Dias, 1985), ésta es la posición general de qué tipo de ciencia es el derecho. La propuesta es más que obvia, porque se ve al derecho como una ciencia social, ya que su objeto es normar a la sociedad, pero que denuncia una postura totalmente irreflexiva sobre la constitución de las ciencias en general y las sociales en particular. Toda ciencia tiene, en última instancia, un objetivo en la sociedad, incluso las más abstractas, y ello no podría llevarnos a la simplificación de tomar a todas como ciencias sociales o humanísticas. El derecho no es una ciencia social, porque no estudia la sociedad, la norma y prescribe conductas, lo que no es lo mismo, pues no la describe, explica sus regularidades o predice sucesos.

Para Atienza, dado que el derecho existe como una “individualidad” concreta, no se lo puede subsumir en un concepto general. Con esto estamos de acuerdo, sin embargo, la intención es recalcar varios partes que le son sustanciales a cualquier orden jurídico.

Existen varios elementos comunes en las diferentes definiciones del derecho, como su carácter normativo y regulativo de la conducta humana y la socialización; el aspecto más o menos convencional del mismo, más allá de la fuente del derecho, pues aunque la razón imponga un tipo de derecho, a la final, éste existe por convención en relación a una fuente legítima, por ello, se presentan estos temas en autores significativos.

1.3.1 Varias definiciones del derecho

Santo Tomás

Para Santo Tomás, el derecho es una “ordenación encaminada al bien común” (Atienza, 2001). Siguiendo al “Filósofo” (Aristóteles), Santo Tomás propone que el hombre se guía por fines últimos dictados por la razón, única condición privativa de lo humano. Santo Tomás sostiene que quienes piensan que la ley puede someterse a la voluntad humana, cuando un jurisconsulto dice: “Lo que le place al príncipe tiene fuerza de ley”, equivocan la verdadera fuente del derecho. Por ello, nuestro autor recalca: “está que a la ley compete mandar y prohibir. Pero todo acto de imperio es propio de la razón, como ya expusimos. Luego la ley pertenece a la razón”. Y continúa: “La ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues ley deriva de ligar; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos, constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que lo propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo, el primer principio en el orden operativo” (*Summa Theologiae*, Parte I-II c. 90).

En la continuación de su exposición, Santo Tomás cree que dado que la ley se remite a singulares, su fin no siempre se alinea al bien común. Pero esta sería una especie de “mala ley”, una ley que no se atiene a la razón: “la ley, al ser regla y medida de los actos humanos, pertenece a aquello que es principio de estos actos. Pero así como la razón es principio de los actos humanos, también hay en la razón misma algo que es principio de todo lo demás, a lo cual, por tanto, ha de responder la ley de manera principal y primaria. Ahora bien, el primer principio en el orden operativo es el fin último, del que se ocupa la razón práctica, es el último fin. Y, como el último fin de la vida humana, según ya vimos es la felicidad o bienaventuranza, síguese que la ley debe ocuparse primariamente del orden a la bienaventuranza” (*Summa Theologiae*, Parte I-II c. 90).

La promulgación es esencial para la ley, puesto que si Dios instaura en la razón la ley natural, no sería propicio que la ley humana se dé de otra forma. La divina providencia, la “voluntad divina” tiene naturaleza de ley y a esta ley presentada en la razón, llamamos ley natural. Todo está sometido a la ley eterna, pero en el caso de la ley humana, aún más, pues está vinculada a Dios en un nivel superior, mucho más que en cualquier otra criatura.

La ley está dictada por la razón práctica y puede manifestarse en concreto en el propio descubrimiento humano de ciertas leyes inmutables que luego ordenarán la sociedad. Así, las leyes convencionales existen en la medida en la que se derivan de la propia participación humana de la divina providencia y de la ley eterna. “La ley...es un dictamen de la razón

práctica... en el orden práctico, la razón humana ha de partir de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas” (*Summa Theologiae*, Parte I-II c. 91).

Por ello, podemos concluir que el derecho es una manifestación humana de la razón práctica, guiada por la divina providencia, como parte de la ley eterna. La normatividad del derecho se dirige hacia el fin último del hombre: la felicidad. Como es conocido, la propuesta tomasina, inscrita en la escolástica, es una versión eclesial de la filosofía ética y política del “Filósofo”.

Hugo Grocio

“Una de las características principales que el Derecho natural presenta en Hugo Grocio es que con él el término *ius* adquiere una significación preponderante, lo cual supone una clara juridificación del Derecho natural.” (Rodríguez Molinero, 1992: 293).

Para Grocio, el derecho nace impelido por la propia naturaleza humana. La existencia de principios universales de justicia y la tendencia natural a la asociación de los humanos hace que haya una ordenación social basada en normas universales. El derecho es una expresión de la confluencia de tales factores. La naturaleza *racional* y *social* son las fuentes del derecho (Fassò, 1982:71) y el resultado es un conjunto de normas que restituyen obligaciones basadas en la naturaleza humana sobre la propiedad, el lucro, la responsabilidad contractual y la imputación penal. El derecho como producto natural no puede ser modificado.

De acuerdo a Rodríguez Molinero, Grocio rompe con la tradición de la *lex naturalis*, para proponer una *ius naturalis*, cuya diferencia se centra en cortar la dependencia de la ley humana a la ley divina. De allí la famosa frase de Grocio “*etsi daremos non esse Deum*” (incluso si Dios no existiera), con la que recalca la necesidad y autonomía de una ley natural independiente de la ley divina. La ley natural, dependiente de algo similar a la dignidad humana, debería existir aunque no exista Dios. “A partir de Grocio, el Derecho natural se constituye como una ciencia independiente con su peculiar objeto” (Rodríguez Molinero, 1992: 294).⁷⁴

Lo que mueve la existencia del derecho, “cualquiera que éste sea”, es “el deseo de sociedad... de comunidad; no de cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento con los que pertenecen a su especie” (Grocio, 1625/1925: 10). Así, el deseo de conservación y de vivir en paz y en sociedad es la fuente del derecho. Pero ¿qué mantiene a la sociedad? La respuesta de Grocio es “el juicio justo y rectamente formado” lo que “repugna a tal juicio” es lo que va contra la naturaleza (p. 11 – 12) y eso no es jurídico. Así, el derecho nace del juicio del *prudente*, es decir, que se conecta con la razón práctica y su origen y función es el de la normatividad social para la paz. El derecho es una expresión de tal necesidad.

⁷⁴ Rodríguez Molinero advierte que tampoco se puede pensar que Grocio no sigue la tradición escolástica ni de la razón divina, la considera tajantemente una fuente del derecho. Ahora bien, la diferencia está en la búsqueda de cierta autonomía para tal materia, toda vez que la noción de Dios ha estado presente en el derecho medieval, pero ausente en los orígenes romanos.

Immanuel Kant

Siguiendo el método trascendental propuesto por Kant en su *Crítica de la razón pura* (que responde a la pregunta ¿qué puedo conocer?), y que cobra condición de “accionar concreto” en la *Crítica de la razón práctica* (que responde a la pregunta ¿qué me es permitido hacer?), el derecho, al ser una medida eficiente para la consecución en sociedad de los imperativos categóricos (el de la libertad), no puede ser deducido de elementos empíricos, sino del constitutivo humano de la razón pura.

Esta analítica expone que la razón pura puede ser práctica, es decir: determinar la voluntad independientemente de todo lo empírico -y por cierto que mediante un hecho en que la razón pura se demuestra en nosotros prácticamente, a saber la autonomía en el principio de la moralidad mediante el cual determina a la voluntad a obrar. (Kant, 1778/2003: 38)

Para Kant, el conocimiento de las formas puras no tiene objeto si no se puede traducir en una práctica concreta que permita al hombre llegar al reino de sus fines.⁷⁵ A saber, la libertad y la felicidad. El juicio y la razón práctica concatenan el paso que lleva del entendimiento de la naturaleza del mundo hacia un actuar en el mundo.

Así, por el juicio, podemos reconocer tres elementos primordiales del juicio en relación a las acciones humanas: el primero es el carácter intersubjetivo de la razón y de las acciones derivadas de ésta, pues el reconocimiento de tal intersubjetividad racional, nos lleva a aceptar tanto nuestra libertad como la del otro. El segundo elemento es que existe una relación estable e instituida (una relación jurídica) cuando el arbitrio⁷⁶ de un sujeto está alineado con el arbitrio de los demás. El tercer elemento es que no se tiene en cuenta el objeto del arbitrio, sino la forma del mismo y si ambos arbitrios están en consonancia con los imperativos categóricos y los universales (Kant, 1797/2008). Así, Kant establece su famosa sentencia sobre qué es el derecho: “el Derecho es el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según la ley universal de libertad” (Kant, 1797– 2008: 39). Fassò define de esta manera la acepción kantiana:

el conjunto de las condiciones formales que permiten la coexistencia de los arbitrios (es decir, de la voluntad dirigida a un fin con la conciencia de poderlo conseguir) de todos los individuos particulares, y que, por consiguiente, determinan las esferas de la libertad de los individuos mismos, coordinando la libertad de cada una con la del otro, de manera que las libertades externas de todos puedan coexistir según una ley universal. (Fassò, 1982b: 270)

Por ende, para Kant, el derecho es definido como un conjunto de normas prácticas que parten de las ideas regulativas de la razón pura y permiten la consecución de la libertad, imperativo categórico de lo humano. Ésta definición del derecho presente en la *Metafísica de las Costumbres*, se presenta como sistema concreto de la razón práctica. Pero la relación fundamental del derecho se basa en la moral.

La consecución de los fines como la libertad y la felicidad no se basan en apetencias materiales, sino en fines universales. Un fin universal es el obrar bien, de acuerdo a principios morales, que en última instancia son principios prácticos. Por medio de la razón pura

⁷⁵ En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant (1785/2013) dice que al ser racionales, el reino de los fines impone que los humanos no tengamos precio sino dignidad, y ahí radica nuestra libertad.

⁷⁶ “Entiéndese por arbitrio la facultad de desear unida a la conciencia de la capacidad de la acción para producir el objeto” (Fassò, 1982: 269).

podemos conocer los bienes supremos, aquellos que a diferencia de la estética trascendental (de orden sensible) nos son dadas por la razón. “Los criterios morales tienen su asiento y origen completamente *a priori*, en la razón” (Kant, 1785-2013: 35). Actuar por deber y no por inclinación es racional. Como se ve, los humanos tenemos la oportunidad de actuar por diferentes motivos, lo que conecta a la razón práctica con la voluntad. “Voluntad es una facultad de no elegir nada más de lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir bueno” (Kant, 1785-2013: 36). Ser libre voluntariamente es actuar en lo bueno, sin necesidad de ninguna constricción externa, ser bueno porque se debe, y ser libre es querer hacer lo que se debe. Luego, un derecho justo es aquel que exige razón en este sentido, pero como no siempre los humanos actuamos en consecuencia con la razón, el derecho impone una forma de acción externa (aquella que se concibe como libertad negativa).

El derecho, por tanto, vincula estos elementos: un sistema y ordenamiento social, basado en principios morales, deducidos de la razón, que nos permiten la consecución de los imperativos categóricos, aquel reino de los fines en los que se alcanzará la libertad, pero solo reconociendo que la libertad únicamente es posible en sociedad, es decir, en derecho.

Georg Friedrich Wilhelm Hegel

De acuerdo a Amengual (1988: 93), la filosofía del derecho de Hegel tiene como objeto la “realización de la libertad”. Al contrario de Kant, el Derecho no es la limitación de las libertades individuales con el fin de conseguir la armonía social,⁷⁷ en Hegel, “Derecho designa... el movimiento de reconciliación entre el principio y la realidad efectiva (entre teoría y praxis, entre libertad y sus condiciones)” (Amengual, 1988: 93). En su típico lenguaje confuso y sibilino, Hegel lo expresa así:

El Espíritu, que es en sí y por sí, se distingue del Espíritu fenoménico, porque en la determinación misma en la que éste es solo *autoconciencia* —conciencia de sí, pero solo según la voluntad natural y las oposiciones aún externas de ella—; el Espíritu tiene como objeto y fin a sí mismo, como Yo abstracto, esto es, libre, y de esa manera *es persona*. (Hegel, 1821/1968: 64)

Si bien resulta difícil seguir la traducción de lo escrito por Hegel, se puede abstraer que el derecho es una expresión de la concreción del Espíritu. El Espíritu solo logra ser cuando se exterioriza, se vuelve histórico, se instituye. Primero existe el individuo, que debe reconocer su condición de sujeto trascendente en el encuentro con el otro. La famosa relación entre el esclavo y amo de la *Fenomenología del Espíritu* permite entender cómo en el encuentro, en la dialéctica entre ambos (tal como la verdad y la mentira, la libertad y la esclavitud, el pensamiento y el trabajo), se llega a la superación de la individualidad. Pero de ella, se pasa a la sociedad civil, aquel punto de dispersión de los individuos, que solo puede llegar a la unidad a través de las instituciones máximas: el Estado y el consecuente derecho que de éste emana.

Siguiendo a Amengual (1988: 98), el trabajo hegeliano encuentra también un fundamento político práctico en la *Filosofía del Derecho*, es decir, responder a la pregunta de cómo se

⁷⁷ Yo pensaría que Amengual se refiere a la doble condición del derecho reconocida en Kant. Cuando uno actúa como debe y quiere porque sabe que es bueno, hablamos de la autonomía de la libertad positiva; pero, dado que los humanos necesitamos de un ordenamiento externo (el derecho), porque no siempre queremos hacer lo que se debe, hablamos de la heteronomía de la libertad negativa.

consigue la libertad, aquello que distingue a la ciencia expuesta en la *Fenomenología del espíritu* y la *Lógica*, de la realización de la idea en el mundo, a través de la libertad y las instituciones que la garantizan.

El sistema hegeliano supone una construcción continua del mundo en el devenir histórico. En la *Fenomenología*, Hegel expone su idea de que el conocimiento del mundo solo es posible en la “intuición o conocimiento inmediato absoluto”. La única posibilidad de los humanos de empezar a conocernos es trascender la perspectiva individual, el momento de lo subjetivo en la que la conciencia del mundo cae en el engaño de que la verdad está en su experimentación inmediata del mundo. El individuo universal debe superar tal subjetividad y alcanzar su forma concreta en la cultura y en la sociedad: “el individuo singular tiene que recorrer, en cuanto su contenido, las fases de deformación del espíritu universal, pero como figuras ya dominadas por el espíritu, como etapas de un camino ya trillado y allanado” (Hegel, 1807/1966: 21).

En la relación amo-esclavo se crea la cultura, por ejemplo. El individuo singular, el ser en sí, concreto solo en materialidad, pero subjetivo en conciencia, debe superar la falsedad de ser solo individuo material, y entender que es parte de algo más, comprenderse como parte del espíritu. Para ello está la filosofía, como expresión mayor de la idea (Hegel, 1806/2009), para descubrir el ser para sí (en relación con la conciencia de sí mismo y la relación con el objeto – es decir, lo externo), que solo surge en un ser en relación con otro. Los humanos empiezan a ser parte del espíritu absoluto en este acto de conciencia, a través de la razón⁷⁸ y en la historia.

Hegel dice que la sustancia ética es “el espíritu absoluto realizado” (Hegel, 1821/1966: 261). En la ley se concreta esta sustancia ética como producto y fundamento a la vez del ser consciente. Dado que la consciencia es entender que uno es más que uno y se establece en el absoluto que se concreta en la historia, debe comprender que la ley es universal (como lo es el espíritu absoluto) y se vuelve patente con el gobierno en el Estado, cuando se despliega la existencia de la libertad.

El derecho, al ser parte de la filosofía, lo es de la idea; por esto, el derecho positivo, adoptado por un Estado, que es arbitrario, imperfecto y que no ha superado su primera etapa de legislación particular (el contrato entre individuos singulares, por ejemplo), no afecta a su propia naturaleza de expresión de la libertad: “Que la opresión y la tiranía puedan ser elementos del derecho positivo es contingente a él y no afecta su naturaleza” (Hegel, 1821/1964: 41).

El derecho positivo es aquel adoptado por un Estado, de acuerdo a su cultura y su ubicación en el devenir de la historia. Pero la propia teleología hegeliana reconoce que si bien el derecho positivo es el existente, éste, deberá adecuarse al entendimiento universal: “un sistema de Derecho legal debe encerrar la aplicación del concepto universal a la naturaleza particular de los objetos y de los casos, que se dan desde afuera, —aplicación que no es ya pensamiento especulativo y desenvolvimiento del concepto, sino abstracción del entendimiento” (Hegel, 1821/1964: 41).

⁷⁸ “La razón es Espíritu en tanto que eleva a verdad la certeza de ser toda realidad y es consciente de sí misma como de su mundo” (Hegel, 1807/1966: 260). Pero la razón de Hegel difiere de la kantiana, pues la razón no es una cualidad de formas puras que empata a la razón con la realidad. Hegel critica a Kant con esta famosa frase que es vista como un error de la vanidad de los individuos: “Lo que es racional es real; lo que es real es racional” (Hegel, 1821/1968: 34). La razón es un constitutivo del espíritu, no expresión formal.

El derecho que surge en la relación entre particulares a través del contrato, cuando se reconoce que cada individuo, en su actuar en el mundo empieza a apropiarse de parte del mismo (y surge la propiedad), empieza a evolucionar y trascender tal condición cuando se instituye, primero en el seno de la sociedad civil – que es el momento en el que los individuos pasan de lo subjetivo a lo concreto – y luego se establece en el Estado, cuando alcanza el momento de lo absoluto. Pero el Estado se encuentra también en su evolución en el proceso histórico, así que no siempre el derecho es expresión del devenir absoluto, pero eso no niega su condición de expresión de ese espíritu absoluto.

Lo interesante es que en Hegel, el derecho no es el inicio del fundamento de la sociedad, como en los contractualistas; pues el contrato es, más bien, una relación entre particulares, sino es una evolución misma de la escatología del espíritu absoluto. El derecho es el momento de la libertad.

Marxismo

En el famoso prefacio de la *Filosofía del derecho* de Hegel, Marx ve al sistema hegeliano como la forma más acabada de una filosofía religiosa que toma a lo abstracto como el punto de partida y de llegada de un sistema que “busca el cielo” y legitima las condiciones de desigualdad en la tierra. Por ello enuncia su famosa frase: “La religión es el opio del pueblo”. Asimismo, en la *Ideología alemana*, Marx sostendrá la necesidad de terminar con el idealismo hegeliano y de sus continuadores, pensando en que la realidad es una relación en la que los individuos concretos buscan satisfacer sus necesidades materiales y así crean una sociedad de la que surgen las contradicciones fundamentales: la separación campo-ciudad, la división social del trabajo, las clases; lo que establece desigualdades sostenidas por el Estado y el derecho que le sigue.

En oposición a la concepción formal-idealista, Marx vincula lo jurídico directamente a la génesis histórica de la propiedad privada y del Estado. “Mediante la emancipación de la propiedad privada con respecto a la comunidad, el Estado cobra una existencia especial dentro de la sociedad civil y al margen de ella” (Marx y Engels: 1846/1974: 72). En la *Ideología alemana*, Marx y Engels hacen alusión a los contractualistas modernos, para quienes la existencia del Estado está estrechamente vinculada a la propiedad privada, que se formula como uno de los elementos esenciales de las teorías contractualistas, en las que el derecho y el Estado garantizan de forma *dialéctica* su legitimidad.

Como el Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época, se sigue de aquí que todas las instituciones comunes tienen como mediador al Estado y adquieren a través de él una forma política. De ahí la ilusión de que la ley se basa en la voluntad y, además, en la voluntad desgajada de la base real en la *voluntad libre*. Y, del mismo modo, se reduce el derecho, a su vez, a la ley. (Marx y Engels, 1846/1974: 72)

Por ende, el derecho es reducido a una relación formalizada entre iguales, que sirve para regular las voluntades (partiendo de una voluntad natural hipotética), convirtiéndose en la estructura (superestructura social) primordial del Estado y, por ende, en instrumento de dominación de clase. El derecho termina por ser un instrumento de dominación y, en sentido epistémico, expresión útil de una forma de idealismo que la fundamenta a través de concepciones como la razón o el espíritu absoluto.

Roscoe Pound

El caso de Pound es uno de los más curiosos en la filosofía del derecho. Graduado de biología y botánica, empieza a interesarse en el derecho y llega a ser decano en Harvard sin jamás haber obtenido un título como jurista. Su posición con respecto a lo que se considera “ciencia jurídica” es más bien escéptica, pues le parecía que el derecho de su tiempo había recaído en formalismos excesivos o problemática de orden metafísico. Para Pound, el derecho es ejercicio de poder político e institucional y aunque si bien los problemas de justicia le son consustanciales, estos no siempre coinciden entre sociedades.

Our ideas of what ought are purely subjective. They are valid only in our individual system of thought and cannot be proved to any one else. There is an irreconcilable antinomy between law and morals and between social control by politically organized society and justice. What-ought-to-be is a pure wish, a superstition, an unscientific picture unrelated to reality. Judgments of good and bad, ascribing of prose and blame are subjective and unscientific. (1940: 3)

La respuesta de Pound es “an ultimate political power” de donde se deriva la legitimidad de los actos jurídicos, que son siempre actos políticos y los cuales deben ser analizados en tal doble dimensión. Los usos del término “law” se da básicamente de tres formas:

- 1) “[T]he regime of adjusting relations and ordering conduct by the systematic and orderly application of the force of politically organized society” (Pound, 1940: 3). En este concepto, hay una primacía de orden institucional y político más que en la justicia.
- 2) “The body of authoritative materials of or grounds of or guides to determination, wheter judicial or administrative” (p. 4). Se puede entender al derecho como un conjunto de preceptos ideales y sus técnicas respectivas de aplicación.
- 3) “the judicial process, to which today we must add the administrative process – the process of determinating causes and controversies according to authoritative guides in order to uphold the legal order” (p. 4). Ésta sería la postura que adoptan los realistas del derecho.

En los sentidos recabados por Pound, el derecho es un contexto para el llamado “legal reasoning”, es un marco referencial en base al cuerpo jurídico y la institucionalidad para pensar los actos de acuerdo a las particularidades de cada sistema judicial, puesto que los estándares legales envuelven lo razonable, no son un ejercicio de autoridad pura. La propia existencia del *common law* y del derecho continental nos muestran dos formas diferentes de razonamiento legal, en el que los principios no se subsumen a términos finales de justicia.

Para Pound, la ley está compuesta por:

- a) Reglas, que son preceptos que contienen una consecuencia sobre un conjunto definido de hechos. Las reglas son el antecedente mismo del derecho, y se hallaban en todos los códigos primitivos (como el código de Hammurabi).
- b) Principios, que son un punto de partida de todo razonamiento jurídico; son el trabajo de los juristas, en el que se diferencian hechos jurídicos bajo un marco de referencia.
- c) Conceptos jurídicos, como venta, compromiso, acuerdo, que nos permiten trabajar.
- d) Estándares, que son medidas de conducta prescritas por la ley (toda conducta requiere de estándares) (Pound, 1940: 8-9)

Estos elementos se mezclan para componer la ley, que es un conjunto de reglas basados en principios, compuestas por conceptos jurídicos y que imponen estándares de conducta.

La ley puede ser entendida como un cuerpo de preceptos, que es la más vieja forma de entender la ley (Pound, 1940: 10). Los preceptos son reglas de conducta que parten del legislador (*standpoint*) y desde allí se prescribe lo que debe o no ser hecho. Así, se establecen modelos para resolver controversias en las que el juez juega un papel unificador.

Otras dos teorías sobre qué es el derecho podrían ser:

- 1) “The legal order as a highly specialized form of social control rest upon the power or force of politically organized society” (Pound, 1940: 10). La ley tendría por función organizar de forma institucional el poder.
- 2) “authoritative canon of value... who says this conceive that it is imposible to prove any moral principles or criteria of ought or measure of valuing conflicting or overlapping human demands” (p. 10)

Para Pound, la ley debería tener un único significado, ver al derecho como un conjunto agregado de reglas con una existencia dependiente de una institucionalidad cambiante, por lo que se estudia en ese marco.

H.L.A. Hart

Este autor propone una suerte de indefinición del derecho: “nada que sea considerado como una definición, puede proporcionar una respuesta satisfactoria” (Hart, 1968: 19-20). Por lo general, antes que una definición se tiende a indicar lo que es el derecho en diferentes sistemas jurídicos, de allí, se puede deducir que existen varios elementos, entre ellos, el sistema de reglas.

Hart propone tres elementos sobre los cuales se mueven todos los sistemas epistémicos del derecho. Estas cuestiones son las siguientes:

1. El derecho impone conductas no optativas, sino obligatorias. La comprensión de que el cuerpo jurídico es una regla obligatoria es clave para la ciencia jurídica desde Austin.
2. El problema de la relación entre derecho y moral. El derecho comparte con la moral un vocabulario: “obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos”, pero la sola distinción implica que no son lo mismo, aunque no se puede sustraer de la moral. A diferencia del positivismo de Kelsen, Hart no pretende que el derecho se desentienda de los elementos morales para su estudio y definición, pero tampoco se puede entrar en las discusiones del derecho natural. La moral es importante, pero no suficiente.
3. ¿Qué son las reglas y hasta dónde el derecho es un asunto de regulación? Se debe entender al derecho como una obligación coactiva o un deber moral.

Estos elementos expuestos por Hart llevan implícito el principio del sistema normativo, del cual se desprenden las obligaciones jurídicas, que conllevan deberes y responsabilidades para los titulares (los sujetos jurídicos), cuyo incumplimiento es susceptible de coacción. Además, circunscribe la legitimidad en la discusión iuspositivista (legítima por el órgano emisor quien se reserva el derecho privativo de la coacción, es decir, el Estado) o iusnaturalista (una obligación moral). Como se ha dicho, estos tres aspectos son decisivos

para entender al derecho como un sistema de reglas y de principios que se sigue de la moral, pero que guarda legitimidad los órganos legislativos que exigen obligatoriedad y coacción.

Hart parte de la propuesta de Austin, a la cual llama “modelo simple”⁷⁹, para proponer un “modelo complejo” (Hart, 1968: 32-34). Para Hart, Austin se basa en la pura coacción, pero esto es insuficiente para definir al derecho moderno, por ello, él establece una diferencia entre reglas primarias y secundarias. La función de las reglas primarias es imponer deberes y obligaciones. En cambio, las reglas secundarias son las encargadas de diferenciar o analizar cómo se aplican o qué alcance tienen las reglas primarias. Entre las reglas secundarias está la llamada “regla de reconocimiento”, que es el elemento clave para el establecer los criterios generales que busca Hart.

La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos. (Jiménez Cano, 2009; citado en García Higuera, 2010: 4)

La regla de reconocimiento tendría tres funciones: identificar los criterios revestidos de autoridad, para saber cuáles normas son válidas; separar al derecho de la moral, pues como se ha indicado, el derecho parte de la moral, pero no es perfectamente coincidente; permite tener un sistema jurídico (García Higuera, 2010: 4).

La regla de reconocimiento es el eje básico de la epistemología jurídica de Hart, para quien tal regla constituye una cuestión fáctica, de la cual se deriva la validez, y no funcionaría como una ficción, como es el caso de la *Grundnorm* de Kelsen, pues la regla de reconocimiento debe ser extensiva a la sociedad, expertos y practicantes del ámbito jurídico, y, por ello, hablaríamos, más bien, de reglas diferentes de reconocimiento, que no están directamente explicitadas por Hart.

El problema es que las pautas introducidas por Hart, no son necesariamente atinentes al problema epistemológico del derecho como ciencia, que es una de las tantas preocupaciones de los juristas. Uno de los grandes temas del derecho es el de su legitimidad, dada por las reglas primarias y validez dada por la regla de reconocimiento. Sin embargo, tal como acusa Hart sobre otras definiciones, éstas apenas están indicadas de forma vaga.

Norberto Bobbio

En el inicio de su Teoría general del derecho, Bobbio sostiene la necesidad de pensar al derecho como un conjunto de normas, es decir, de reglas de conductas que modelen la convivencia. “*La experiencia jurídica es una experiencia normativa*” (Bobbio, 1992: 15). Este sistema de reglas no tiene que ver con ser libre, sino más bien constriñe la conducta a mandatos externos. La diferencia de la normatividad jurídica con otras normatividades posibles (todas son proposiciones que quieren determinar la conducta – preceptos religiosos, éticos, costumbres, etc.) está en la coacción, porque las normas jurídicas son obligatorias, parten de la presunción de igualdad de su acatamiento y por ello es “la parte más importante

⁷⁹ De acuerdo a Hart, los cuatro elementos de este “modelo simple” son: órdenes, amenazas, hábito general de obediencia y soberano. (García Higuera, 2010: 3)

de nuestra experiencia normativa” (p. 16). El derecho es un orden social organizado a través de normas y así se puede entender toda organización social a lo largo de la historia.

Bobbio concibe a la acción social como un entorno en que los individuos persiguen ciertos fines, pero no en el sentido instaurado por Aristóteles (en el que los fines están determinados por la naturaleza), sino en un sentido weberiano (en el que los fines están dados por los deseos individuales y sobre ello se establece una razón práctica), es decir en el conjunto de acciones que los individuos ejecutan en sociedad para alcanzar diversos fines en circunstancias determinadas, como principio de racionalidad. Trabajar para obtener una paga y comer, por ejemplo, es una relación de agentes sociales en orden a unos fines y estos deben ser normados, pues toda acción humana está concebida en el marco de intereses, es decir, son políticos y se norman a través de instituciones sociales como el derecho.

Según Bobbio, un concepto de derecho debe contener, por lo menos, tres puntos: a) debe ser pensado y contener el concepto de sociedad, pues lo que existe en derecho no puede ser privado (*ubi ius ibi societas*) (Bobbio, 1992: 19); b) debe contener el concepto de orden, pues es un sistema que debe guardar una relación normativa de coherencia; c) el derecho es más que un conjunto de normas, pues antes de acogerlas para su uso, las acoge porque es pensado como estructura.

De allí, Bobbio incluye elementos imprescindibles en el concepto de derecho moderno: se entiende como un conjunto normativo estructurado que tiene como fin normar relaciones sociales que persiguen fines concretos (no fines como la libertad). Estas relaciones son de orden político, por lo que el derecho es inherentemente político y, dada la complejidad de las relaciones, el derecho supone un pluralismo complejo que no se puede reducir a presupuestos de orden ontológico (la racionalidad, nacer hacia fines de la libertad, etc.)

Como se puede observar, la mayoría de definiciones aquí presentadas no tienen una necesaria orientación epistemológica, sino que alcanzan diversos grados, entendiendo al derecho desde su fuente racional (iusnaturalismo) o desde la legitimidad del órgano que lo emana (iuspositivismo) o como instrumento que permite la tendencia natural de los humanos a la socialización o como instrumento de dominación de clase.

Por supuesto, todas las definiciones expuestas tienen implicaciones de orden epistemológico, pero no lo son, necesariamente, en sentido específico. En el caso de Marx, (si bien el extracto es sacado de la *Ideología alemana*, su obra propiamente “epistemológica” sobre el materialismo), no es una definición del derecho como tal, sino que lo define de acuerdo a su objetivo como instrumento de relaciones sociales.

En el caso de Santo Tomás o Grocio, la discusión más bien ronda en torno a las fuentes del derecho, es decir en su sentido de legitimidad, mas no a una expresión concreta conceptual. La definición kantiana es una de las más completas al respecto, pues establece los principios epistemológicos del derecho, en base a las formas de la razón pura y los objetivos de su instrumentalidad concreta para garantizar y conseguir la libertad. La definición de Bobbio comporta elementos esenciales del derecho para explicar su normatividad como esfera social organizada diferente al de las normatividades no jurídicas que pueden estar incluidas en el derecho.

Sin embargo, se pueden rescatar varios preceptos implícitos como: el carácter normativo, entre otros sistemas normativos; el sentido práctico del derecho como expresión de una moralidad que lo trasciende; la necesidad de tener legitimidad por la fuente que lo emana (cualquiera que ésta sea); su vinculación necesaria con el orden de la voluntad humana o la elección política. Estos elementos enumerados brevemente, nos permiten hacer una aproximación para ensayar varios aspectos relevantes que constituyen el ámbito de lo jurídico.

En definitiva, podemos decir que de lo expuesto surgen tres derivaciones básicas que podrían englobar a la mayor parte de las posturas más importantes sobre la problemática de la epistemología del derecho:

1. El racionalismo jurídico y el iusnaturalismo. Muy cercanos a la definición del derecho en cuanto a su fuente y por ende a su validez y legitimidad.
La razón (ya sea a través de los *a priori* o de la aprehensión de la naturaleza humana) surge como una medida sustantiva de lo humano y constituye una medida para determinar los raseros epistemológicos y deontológicos del derecho. El racionalismo propone un sistema doctrinal con el cual se pueda conocer lo justo o injusto como seguro y no únicamente como probable.⁸⁰ Por el contrario, lo natural es visto como el reino de lo probable, mientras lo racional es seguro; lo probable se reduce a la certeza a través de categorías racionales que permiten aprehenderlo.
El *iusnaturalismo*, en este sentido, se conecta con el racionalismo, pues la razón actúa como fundamento de la jurisprudencia, ya sea con el imperativo categórico de la libertad – Kant –; ya sea cognoscible por medio de la razón, o la dignidad humana – Pufendorf⁸¹. Estos son elementos que determinan un ideal de justicia y son fuente jurídica a la vez. Podemos citar también a Gottfried Leibniz⁸² o Hugo Grocio⁸³ como exponentes máximos de estas posturas.
2. Historicismo y realismo. En la filosofía de la historia (entendida como una interpretación, casi siempre teleológica de los sucesos humanos) existen aproximaciones tan antagónicas como las de Vico, Hegel, Kant o Marx. Pero son los estudios historiográficos (con Voltaire como antecedente), los que han primado en el derecho. Se entiende el estudio histórico del derecho como una recopilación y análisis de “hechos objetivos y concretos” que deben ser descritos e interpretados. Ahora bien, podría haber una diferencia de enfoque en el análisis histórico del derecho: una que busque extraer principios generales para establecer leyes universales u otra que se remita al análisis del derecho en diferentes momentos históricos y en el derecho de cada nación o Estado.
Un análisis comparado de las diferentes etapas históricas – generalmente en líneas claramente evolucionistas – permite conocer con criterios *a posteriori*, ciertos elementos reductibles a toda la historia humana. De allí es que se puede comprender que lo justo y bueno es lo común a todos los pueblos y el análisis histórico emprende

⁸⁰ El conocimiento de lo cierto y no de lo probable es uno de los atributos otorgados por Leibniz al verdadero conocimiento, en el cual se introduce el conocimiento normativo del derecho.

⁸¹ Samuel Pufendorf (1632 – 1694), fue un jurista sajón, uno de los más reputados iusnaturalistas. En 1672, publica *De iure naturae et Gentium*, este libro estuvo basado ampliamente en Grocio y tuvo importantes repercusiones en el iusnaturalismo.

⁸² Si bien, el trabajo de Leibniz (1646 – 1716) es más conocido en áreas como las matemáticas o la filosofía metafísica, sus aportes al derecho están en la línea racionalista kantiana, entendiendo al derecho como fuerza de ley, diferente a la irracionalidad de la violencia.

⁸³ Hugo Grocio (1583 – 1645), fue un jurista holandés. Su obra principal fue *El derecho de la guerra y de la paz*, aparecido en 1625. Sostiene que se debe defender el derecho natural incluso si se admite que no tiene fuente divina: “etsi daremus non esse Deum”.

la tarea de buscar las especificidades que estos principios adoptan a lo largo de la historia, en relación a la jurisprudencia concreta y a la decisión de los tribunales. Por otro lado, tenemos a lo que se denominaba como jurisprudencia empírica, teniendo a los realistas escandinavos y americanos entre sus principales exponentes. Estos autores sostienen que el estudio del derecho debe remitirse a hechos concretos y abandonar toda pretensión metafísica. Entre los realistas escandinavos están Alf Ross, Axel Hägerström⁸⁴ y Karl Olivecrona⁸⁵.

3. El positivismo liberal de corte formalista. El positivismo jurídico centra su atención en la fuente de la cual emanan las normas y la legitimidad de las mismas, intentando superar “toda” consideración metafísica del iusnaturalismo, ya sea el de corte racionalista o aquel relacionado a “leyes naturales” propias de la condición humana. Así, para el positivismo, el Estado se erige como fuente máxima del derecho y de allí su legitimidad. A diferencia de la libertad como categoría fundamental del racionalismo iusnaturalista, el sometimiento a un orden externo es lo que permite que se establezca una sociedad en donde la soberanía no radica en la naturaleza de los individuos, sino en el ordenamiento legítimo. Se concibe al derecho como un sistema coherente y perfectamente estructurado que puede dar cuenta de sus propias categorías y legitimidad. Los principales exponentes son Hans Kelsen o H. L. A. Hart⁸⁶.

1.3.2 Hacia una definición de la naturaleza epistemológica del derecho

Tradicionalmente, el influjo del derecho romano en Occidente, desde la Edad Media, conoció al saber normativo-legal de la sociedad como jurisprudencia. El uso del término “derecho” se pierde en la historia y en la tradición. La palabra “derecho” proviene del vocablo latino *directum*, que significa “seguir el buen camino”, mientras que el término “jurisprudencia” hace referencia al *ius* o *iuris* – la ley o el derecho como conjunto de normas – y la *prudentia* – previsión, o el actuar justo (relacionado a la *phronesis*).

Desde los tiempos romanos, el corpus de saber jurídico se entendía como un conjunto de normas creadas para regular la conducta humana y sobre la cual se prevén sanciones en el caso de incumplimiento (Flores Gomes y Moreno, 1986: 50). Por lo general, esta es la acepción más generalizada del derecho (Kelsen, 1965; Bobbio, 1992; Atienza, 2001).

Sin embargo, la definición del derecho como sistema de normas o de reglas de conducta, es apenas un enunciado del carácter normativo y prescriptivo del mismo, que no permite definir en toda su extensión la complejidad del fenómeno jurídico ni el carácter mismo del origen y legitimidad de tales normas.

El derecho se enfrenta al problema de la mayoría de palabras que se asocian a cierto tipo de saberes generales y de los cuales resulta difícil la reducción definitoria.⁸⁷ Por ello, dar un

⁸⁴ Axel Hägerström (1868–1939) fue el fundador del “realismo jurídico escandinavo”. Su texto más conocido es *Inquiries into the nature of law and morals*. En general, la propuesta de Hägerström se opone al formalismo jurídico y al iusnaturalismo, propiciando un estudio del derecho desde los llamados “actos jurídicos”, es decir, el análisis de los hechos concretos que suceden en el entorno jurídico, lo que llevará a una postura más bien sociológica del derecho.

⁸⁵ Karl Olivecrona (1897–1980), jurista sueco. Su texto más famoso es *Law as fact*. En este texto, continúa con los postulados del realismo escandinavo de su maestro Hägerström.

⁸⁶ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992) fue un jurista británico, profesor de Oxford. Su obra más importante es *The concept of law*, en donde intenta hacer un esfuerzo de sofisticación del positivismo keleseniano, introduciendo la famosa “regla de reconocimiento” de la cual se habla en este trabajo.

⁸⁷ De forma general, se entiende a la definición como *de-terminatio* o *de-finitio* (Ferrater Mora, 2001: 796), es decir, delimitar elementos que componen un concepto.

concepto de derecho es una tarea compleja y ardua. Existe una corriente que postula la indefinición del derecho o la imposibilidad de definirlo (García Máynez, 1960; Atienza, 2001). La enorme laxitud está relacionada a la falta de acuerdo en el propio objeto de conocimiento. El problema de las conceptualizaciones del derecho pasa porque no existe un principio de definición del objeto de estudio (García Máynez, 1960) y por ello de la “unidad del trabajo científico”.⁸⁸

Para Herbert Hart (1968), el problema central de una definición del derecho radica en el arduo trabajo de calificar la relación de las normas entre sí y el vínculo que éstas mantienen con la sociedad y la realidad en la cual la normatividad incide. Esto conlleva a aceptar que el derecho como conjunto de reglas y como conjunto de estudio sistemático de tales reglas se confunden en uno y entonces, no existe claridad en la separación entre el derecho como saber explicativo y como fenómeno o como conjunto prescriptivo, las normas y obligaciones jurídicas en cuanto tal.

Ahora bien, más allá de la definición, podemos establecer puntos en común ya mencionados con anterioridad: normatividad; convencionalidad del conjunto; sistematicidad en la prelación, coherencia y aplicación de las normas; sanción jurídica; legitimidad de un órgano para la expedición, aplicación y sanción; etc. A este tipo de características podríamos llamar el dominio de problemas, características o fenómenos (García, 2001) del derecho. La definición del objeto concreto es más complicada, pero al definir un dominio se pueden delimitar ciertos parámetros de estudio.

Para Rolando García, la definición del objeto de estudio no ha sido una característica de las ciencias desde su aparición en la modernidad.⁸⁹ Ahora bien, en el caso que nos atañe, parece que el problema persiste sobre la posición de diferentes autores sobre tal dominio, aunque se acepten varios de sus elementos, del objeto mismo de estudio del derecho y de la relación de tales elementos del dominio. Por ello, para Bobbio no se puede hablar del “derecho” en sentido general o universal, como pretendían las corrientes iusnaturalistas; tampoco se puede hablar de derecho como “un sistema único” y muchas veces concebido como un sistema cerrado, como han pretendido las corrientes iuspositivistas, sino que hablamos de “los derechos” en un sentido más concreto con respecto al espacio en el cual el sistema tiene validez y vigencia. Atienza agregaría que además se debe pensar en varios aspectos de los tipos de derecho, pues no necesariamente todas las obligaciones jurídicas implican coacciones sancionadoras.

Por otra parte, lo dicho evidencia el problema de convencionalidad del derecho. Si se relacionan los diferentes elementos expuestos, la pregunta de la definición sería la relación entre ellos en el campo moral, epistémico, normativo, positivo (el cuerpo jurídico), etc. como fundamentos de la convención jurídica.⁹⁰

⁸⁸ Lo que para Ihering o Kirchmann constituía uno de los principales problemas del derecho como ciencia, debida su definición. Vega (2000a) nos dice que definir al objeto de derecho como estudio de normas es una vacuidad, cierta, pero que nada ayuda a definir su objeto.

⁸⁹ Atienza (2001: 47), citando a Bunge, comparte esta postura al declarar que resulta absurdo pensar que una ciencia no puede iniciar su estudio sin una definición exacta de los conceptos científicos involucrados, al igual que su objeto. Precisamente, la investigación y el avance de un saber permite dilucidar los conceptos involucrados.

⁹⁰ Siempre, el derecho es convencional, incluso si se acepta que su fuente es universal (en sentido natural, racional, divino, moral, etc.). Una convención jurídica (el conjunto de normas) es más o menos moral de acuerdo a tal normatividad precedente.

Por ello, nos atendremos a una diferencia entre el derecho como normatividad (LAW, que puede ser llamada como jurisprudencia o como dogmática jurídica) y el derecho como conjunto de normas u obligaciones jurídicas (RIGHTS). La tradición jurídica nos habla, en español, ante la falta de otra palabra, de Derecho para el primero y derecho para el segundo (Atienza, 2001). En este caso, el primero será entendido como dogmática jurídica (hay un apartado específico sobre este tema) y el segundo como derecho.

Dentro de este conjunto de fenómenos, el objeto de estudio de la dogmática o jurisprudencia (sobre esto ahondaremos en lo posterior) sería el conjunto convencional de normas, es decir, el conjunto de los *reales existentes*, del derecho concreto. Claro, luego deviene el problema de la circularidad de la definición del objeto de que el *Derecho* se ocupa del *derecho*, de un saber que habla de su propio producto; pero en un primer momento, resulta suficiente con la distinción.

Siguiendo a Bobbio y Hart, para Manuel Atienza (2001), el derecho no se puede definir en un conjunto de propiedades abstractas por su propia historicidad. Así, existirían varios derechos y no habría posibilidad de establecer un *conjunto de universales* sobre los *reales existentes*. Por ende, a esto se debe agregar que tal afirmación intenta refutar la idea general de los juristas de obtener una definición de acuerdo a un objeto único en el sentido en el que se pretende que se definen las ciencias en general, porque los fenómenos concretos difieren enormemente entre sí y no habría propiedades regulares. Esta posición, parte del criterio epistemológico de que en los fenómenos concretos subyacen una serie de categorías que se pueden abstraer para determinar una regularidad en la sucesión de accidentes.

Esta misma historicidad, por ende, parte de la comprensión del derecho como una institución específica que articula las relaciones sociales y les otorga legitimidad. De esta forma, se puede pensar al derecho desde dos perspectivas: en primera instancia con respecto a su condición de fenómeno social o una institución de relaciones sociales; y la otra como un conjunto de normas de las cuales se puede pensar su estatus epistemológico de acuerdo a criterios de sistematicidad, coherencia interna, etc. El primero, nuevamente, estaría vinculado al derecho y el segundo a la dogmática y a la jurisprudencia. Pero en ambos casos, se debe entender el carácter convencional de tal fenómeno y por ello contingente. El derecho, por ende, es una institución más entre otras.

Otra de las características del derecho, debido a su propio carácter histórico y a los diferentes criterios de validez, es la complejidad del fenómeno. La complejidad de las instituciones derivadas, entendidas como fenómenos jurídicos, hace del derecho una fuente de complejidad extrema. Las diversas ramas del derecho: penal, civil, internacional; así como la propia diferencia entre la dogmática como conjunto de principios y el derecho como aplicación, denota tal complejidad. Nuevamente, resulta interesante repensar los presupuestos sobre los que se ha edificado el derecho, como un conjunto de principios que ordenaban a la sociedad, pero que no eran pensados como un sistema, sino que se convierten en uno, una vez que se “cae en cuenta” del fenómeno normativo.

En la tradición occidental, este principio de sistematicidad de las leyes existentes se lo puede rastrear en la propia península helénica, con Solón o Licurgo. Posteriormente, en el derecho romano y canónico; y en la Edad Moderna en la denominada ciencia del derecho.

Como fenómeno particular de la época moderna, el derecho aparece como instancia de ordenamiento “total” de las relaciones sociales y su vinculación de legitimidad con el Estado.

La sistematización del mundo a través de la ciencia sería una particularidad de occidente; así como la organización social, racionalizada a través del Estado y la propiedad se sostiene particularmente en el engranaje jurídico (Weber, 1920-1998).

Desde los clásicos, se buscan principios sistematizadores, pero es en la Modernidad en la que cobra visos de sistema total, fundando en el carácter normativo y nominal de los enunciados jurídicos. El sistema pretende comportar un conjunto de reglas que, aunque no legisladas, no deje de contemplar a ningún particular posible, a ninguna excepción y que de presentarse, el sistema pueda solucionar el problema pues existen principios fundamentales basados en la normatividad general. En una analogía con la nomología deductiva, diríamos que el principio de explicación por subsunción se aplica para la prescripción de los casos que se van presentando.

Por otro lado, se puede pensar en la dificultad por el carácter práctico-valorativo del derecho. Dado que el derecho como sistema jurídico, en última instancia, intenta normar la conducta, siempre implica juicios de valor (Atienza, 2001). El problema, por ende no es solo de orden cognoscitivo, sino también, y sobre todo, práctico-valorativo. Esta cuestión es un problema esencial en los marcos cognoscitivos de los saberes que están conectados al humano, cuando el sujeto cognoscente y el objeto conocido se funden en el mismo sujeto (Bueno, 1996). Este es un problema que atañe a todas las llamadas ciencias sociales, pues su saber y las técnicas aplicadas se refieren directamente al campo de lo “humano” y las relaciones entre humanos y sus instituciones. Una definición que tome en cuenta un criterio de objetividad deberá tener presente este aspecto: la imposibilidad de neutralizar los contenidos operatorios (Bueno, 1992; Vega, 2000) y el carácter práctico-valorativo (Atienza, 2001).

También se debe tomar en cuenta que el derecho puede aparecer como un sistema lógico, pues trabaja esencialmente con proposiciones, lo que en lo posterior tiende en llamarse proposiciones jurídicas y que la validez de las mismas se establece sobre los mismos criterios de la lógica deductiva (Alchourrón y Bulygin, 1987). Se construyen – no importa bajo qué método – un conjunto de presupuestos que funcionan como normas primarias de las cuales se deducen las normas subsecuentes. Esto ha iniciado un debate epistemológico en el campo del derecho con respecto a la coherencia del sistema o la posibilidad del mismo.

En términos de lógica, se podría considerar la posibilidad de coherencia, si el derecho se remite a convertirse en un sistema formal, pero esto también entra en contradicción con el carácter práctico-valorativo y con la necesaria conjunción con la realidad sobre la cual intenta incidir, cuestiones imprescindibles del derecho. Esta forma de entender el derecho choca con la aceptación de varias cuestiones intrínsecas a los fenómenos jurídicos: la legitimidad del derecho por convención externa al sistema, el carácter práctico-valorativo, la existencia de “puntos ciegos” en los cuales existe normas contradictorias o que no pueden ser inferidas de otras.

El problema de tomar al derecho como un sistema de este tipo se enfrenta a la imposibilidad de superar el carácter vago y polisémico por excelencia en el lenguaje ordinario. El salvar estos escollos fue lo que llevó a Frege al intento de crear un lenguaje artificial que pueda reducir al máximo el carácter polisémico del lenguaje y el sentido pragmático del mismo. ¿Ha podido el derecho superar tales escollos bajo las técnicas de atenerse al sentido de las expresiones dadas por fuentes “neutrales” como los diccionarios u otros mecanismos? Ciertamente, la pregunta no es menor. La presuposición de ciertas corrientes, como el neokantismo de Stammler, la TDP de Kelsen o la jurisprudencia de

conceptos, parte de la posibilidad de crear un sistema coherente o una maquinaria en la cuales las normas interpretativas reduzcan las arbitrariedades al máximo. El problema, al respecto, es que el derecho es un lenguaje natural tecnificado (Atienza, 2001: 56), lo que no permite eliminar la vaguedad y los peligros en los que caen los humanos.

Para Bobbio (1992), todo concepto de derecho debe contener los siguientes elementos: 1) es un acto social, porque sale de la esfera puramente individual, “no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico” (Ibíd.: 19); 2) comprender la idea de orden social; 3) difiere del conjunto normativo de la sociedad, porque abarca a muchas de ellas, pero a la vez es un ente autónomo.

De acuerdo a lo expuesto, establezco una especie de elementos que formarían el “núcleo duro” de nuestra materia:

1. Una separación entre el derecho como conjunto concreto de normas u obligaciones jurídicas y el del Derecho como normatividad y sistema de saber, que hace referencia al estudio y preceptos del conjunto de normas.
2. El carácter convencional del derecho y por ende su aceptación de contingencia histórica, heredera de determinadas tradiciones. El derecho es un fenómeno social e histórico. Su objeto ulterior es la regulación conductual de los individuos en sociedad y la interrelación de intereses particulares.
3. El derecho como entidad concreta es el resultado de un conjunto de proposiciones que guardan estrecha relación entre sí. Por ende, el material concreto no hace referencia a las conductas o comportamientos humanos (sino de forma indirecta) que prohíbe, permite, etc. sino a tales proposiciones. Ahora bien, el sentido ulterior de tales proposiciones es incidir en la realidad, pues la condición de derecho solo es tal cuando está legislado y su responsabilidad o incumplimiento conlleva la aplicación coactiva.
4. Como conjunto de proposiciones, el derecho puede ser entendido como un sistema formal, incluso en el caso del derecho consuetudinario, en donde la jurisprudencia funciona como parte fundamental del sistema.
5. El conjunto de proposiciones trabaja con un lenguaje ordinario tecnificado, pero dada la necesidad de establecer regulaciones para crear un sistema coherente, pretende eliminar la polisemia propia de los lenguajes naturales.
6. El fin ulterior del mismo es la aplicación de la normatividad para la regulación de las relaciones sociales, por ende, no puede separarse de un ideal de sociedad a construir, y está íntimamente ligado al carácter práctico valorativo.
7. Es necesariamente normativo y no puede ser de otro modo. “La experiencia jurídica es una experiencia normativa” (Bobbio, 1992: 15), pues prescribe los actos humanos (y no los describe).

1.3.3 Hacia una definición del derecho

En base a las diferentes definiciones citadas, a continuación se hace una exposición de elementos consustanciales al fenómeno jurídico, que deben ser considerados como parte de una definición.

1. **El derecho es un conjunto normativo encaminado a la organización social de la cual es producto.** La normatividad, a la que se hace alusión, propicia un *ideal* de sociedad a la que busca organizar. En esta perspectiva, nunca el derecho se puede

desligar de su formulación práctica; aunque puede ser más que *razón práctica*, la praxis le es necesaria. En la medida en la que conlleva un *ideal* o un conjunto de *ideales*, ya sean tácitos o explícitos, su campo es el del “deber ser” (*sollen*), y, por ende, no da cuenta del ser (*sein*), en la vieja distinción de la tradición jurídica-epistémica germana. El contenido jurídico es deóntico e implica siempre una axiología, pues persigue la consecución o negación de un conjunto de valores.

2. **Como producto social, el derecho siempre es una convención originada en el seno de una sociedad determinada, con los fines que fueren.** En el sentido convencional, el derecho no existe fuera de la esfera de lo humano, por lo que su *experiencia* está siempre enmarcada en las convenciones históricas, políticas, económicas, sociales de una época y puede contenerlas o ser una expresión de ellas.
3. **El derecho, como conjunto normativo, que organiza la sociedad, pretende construirse sobre una sistematicidad.** El derecho moderno no puede no ser sistemático, pues existe como conjunto formal de reglas en las cuales hay una prelación determinada de unas sobre otras, en las cuales, las contradicciones posibles (y realmente existentes) dan cuenta de una especie de “externalidades” del sistema. De forma concreta, no es un sistema en términos de conjunto siempre coherente (Kelsen) ni sistema realmente autopoietico (Luhmann), pero sí establece una interrelación normativa que genera juicios lógicos y valorativos que originan nuevas normativas para generar un producto lo más coherente posible, por lo que se construye como sistema.
4. **Como convención y sistema, el derecho se alimenta implícitamente de la sociedad en la que se desarrolla, pero no necesariamente es una expresión explícita de ella, sino que es un elemento autónomo en sí mismo, porque como sistema contiene elementos intrínsecos – su propia racionalidad – sobre la cual funciona.** Esto quiere decir que el derecho es un producto social, pero que al ser creado y garantizar cierta coherencia sistémica, puede generar sus propios productos en base a la coherencia con el sistema, al cual los actores nos vemos abocados, en toda nuestra dimensión concreta (en uso de nuestras facultades cognitivas, intereses particulares, emotividades, etc.), ya sea para negar al sistema – desconocimiento del mismo, corrupción, etc. – o para ser consecuente con éste.
5. **El derecho como sistema no solo es una relación social, sino que lo es en su propia aplicación, pues el derecho no existe fuera de la conciencia humana.** Un acto jurídico es un acto humano resignificado dentro de un marco normativo y no existe fuera de él, nace con él. Esta aseveración tiene importantísimas implicaciones epistemológicas, como se verá en lo posterior. Al enunciar esta perogrullada, lo que se pretende decir es que todo acto o fenómeno jurídico, para utilizar la terminología empírica de Ross, lo es si las instancias determinadas dan cuenta de ella y la resignifican. El conocimiento privativo de esta realidad no basta para ser un acto jurídico. En la realidad, los objetos existen fuera de la conciencia humana sin necesidad de significación; los productos jurídicos son entidades propiamente humanas. Esto, por supuesto, conlleva a la negación de los derechos naturales o a la existencia totalmente autónoma del derecho como sistema. La resignificación de los actos humanos bajo la normatividad jurídica, crea nuevos fenómenos, a la luz de la complejísima racionalidad jurídica.
6. **La normatividad siempre antecede a las acciones que juzga.** Esto tiene dos implicaciones que quiero resaltar. La primera es que una explicación científica siempre pretende derivarse de un hecho “observable” y resignificarla a la luz del

marco científico (la subsume, reconstruye, etc.), mientras que la norma antecede al acto. La norma preexiste para poder juzgar la cualidad del acto o incluso *desconocerlo*. La otra implicación es que el acto jurídico puede obedecer a la observación previa de la realidad, como se pretende en varias corrientes (al igual que la así llamada práctica dogmática), es decir, ciertos actos humanos son generalizados a través de la norma, pero su función no es explicativa, sino normativa. Una norma jurídica apenas da cuenta del conocimiento de esos actos, pero actúa como una convención de direccionamiento de futuras acciones. El derecho siempre vive en el futuro, pero no para predecir actos, sino para prescribirlos.

7. **Dado que el derecho se encamina a la organización social, es una técnica social aplicada y toda su estructura está encaminada a una práctica específica.** El derecho, más que una ciencia social, es una práctica social y su función, en el mismo orden que la política es la organización. Parte de ciertos preceptos - ya sean metafísicos, empíricos, etc. - que intentan incidir en la realidad y de forma definitiva tienen como objeto la *praxis*. Un derecho que no pueda ser aplicable, inmediatamente deja de serlo. El estudio del derecho, por ello, aunque se encauce a las razones trascendentales de su existencia (la justicia), siempre tendrá que remitirse a los derechos “realmente existentes”, a aquellos que han tenido vigencia y acción en una sociedad.
8. **El derecho crea elementos para analizar su propia racionalidad, a esto se ha llamado “ciencia jurídica”.** Si tomamos en cuenta a los fenómenos jurídicos como las normas, sentencias, etc., podemos hablar de que puede existir una “ciencia jurídica” que da cuenta de tales fenómenos. Siguiendo lo ya expuesto en el punto 6, esta “ciencia jurídica” podría hacer generalizaciones o dar explicaciones sobre su propio campo, pero no en el sentido nómico de la ciencia empírica. La “ciencia jurídica” tiene un afán explicativo y justificativo de la existencia normativa. Por ello, podríamos hacer una diferencia entre una técnica jurídica - el objetivo mismo del derecho - y una “ciencia jurídica”, aquella que usa el apelativo de científica (sin corresponderse a los criterios generales de lo que se entiende como ciencia), que trata sobre los productos jurídicos.
9. **En concreción, el derecho puede ser reducido al conjunto normativo, por lo que su existencia es el de la ley legislada, en la cual inciden elementos de la dogmática jurídica, factores socioeconómicos, etc. pero solo tienen un carácter implícito.** A fin de cuentas, el derecho es el conjunto de la ley legislada y sobre ello se derivan los demás factores relativos, pero que no son el derecho en cuanto tal.⁹¹ Esto también implicaría que se debe diferenciar al derecho como prescripción y al derecho como acción. Aquí tratamos del derecho como prescripción.
10. **El derecho puede incidir en el comportamiento social, pero ésta no es una característica intrínseca de sí mismo.** El conjunto normativo ciertamente afecta a la sociedad, pero no solo no se puede determinar su grado, sino que sería muy difícil sostener que funciona como heurístico para crear conductas determinadas. Lo contrario implicaría aseverar una especie de creencia de que los agentes jurídicos tienen siempre toda la información disponible (conocen las leyes y todas sus consecuencias) y que la tienen siempre presente, es decir actúan en base a tal

⁹¹ Quizá éste podría ser el punto más polémico, pues se podría decir que el derecho está también compuesto por las exégesis, las sentencias, los actos; pero entonces hablaríamos de un conjunto inabarcable apenas relacionado a éste. Esta concreción permite una instrumentalización que no se aleja de la realidad del derecho y apenas considera a los demás elementos como relativos y no propios del derecho como sistema.

racionalidad de acuerdo a estrategias determinadas. No se puede pensar al derecho como un modelo interpretativo o cognitivo para guiar la conducta. Un modelo cognitivo permite funcionar como un conjunto de heurísticas a partir de los cuales hacer inferencias y guiar la acción, conteniendo cualidades pragmáticas, formalizables y explicativas (De Donato y Zamora Bonilla, 2009); es decir, funcionar como heurísticos, propiamente. Decir que el “derecho” en grueso, guía conductas, es prácticamente indemostrable. No se puede asociar su condición al de modelo cognitivo (en lo posterior, se verá que ésta es una presunción del constructivismo sistémico).

1.4. Ciencia y práctica del derecho

En esta parte, se introduce a la diferencia del derecho como práctica y como “ciencia”. Como se ha recalcado, las discusiones surgidas en Alemania sobre la cientificidad del derecho, determinaron que la dogmática jurídica es propiamente lo que se suele denominar ciencia jurídica, pues contiene un conjunto de preceptos con pretensión universal. Siguiendo lo ya expuesto, se analiza la imposibilidad de separar la razón práctica de la teórica en la disciplina en cuestión y se cuestiona la aseveración de que la dogmática sea una forma de exposición científica del derecho.

1.4.1 *Phronesis* y *Prudentia* en la razón jurídica

El uso más extendido del término *phronesis* se corresponde a la obra aristotélica. La tradición nos ha legado un significado general y casi unívoco para la palabra, expuesto en la *Ética a Nicómaco*, en el cual la *phronesis* se relaciona a la virtud. Sin embargo, de acuerdo a Peter Aubenque (1999), la palabra tiene dos usos diferentes. En textos como *Metafísica*, *Tópicos*, *Sobre el cielo* y *Física*, Aristóteles expone un uso más relacionado a la *episteme*. Aubenque nos dice que en estos cuatro textos, Aristóteles usa el término *Φρόνησις* (*phronesis*), para designar la forma más elevada de saber: la ciencia de lo inmutable, de lo suprasensible, en una palabra, el saber verdadero, filosófico”, el término se asocia a la “exigencia científica de estabilidad” y está relacionado a los términos *episteme* y *sophia* (Aubenque, 1999: 15).

Siguiendo a Aubenque, este significado se pierde en otros textos de carácter más político (por ende ético y virtuoso), como la *Ética a Nicómaco*, y la palabra adquiere otra acepción: “Ya no se trata de una ciencia, sino de una virtud. Esta virtud es, ciertamente, una virtud dianoética, pero en el interior de la diánoia, no es ni siquiera la virtud de lo sublime. Aristóteles introduce, en efecto, una subdivisión en el interior de la parte racional del alma: por una de sus partes consideramos las cosas que no pueden ser de modo distinto a como son; por la otra conocemos las cosas contingentes” (Aubenque, 1999: 17).

Por tanto, para el autor francés, no se puede eliminar el uso menos frecuente asociado al conocimiento de lo inmutable (*episteme*). Para los objetivos de este trabajo, interesa el significado ético y político del término, relacionado a lo contingente y mutable, dada que “el fin de la ciencia política no es el conocimiento sino la acción” (Aristóteles, 2014: 11), por lo que la acción puede ser variable, depende de una elección y esto es lo que nos indica la *phronesis*. Aubenque lo expresa así: “La *phronesis* pierde parte de su dimensión de saber” y se convierte en “la virtud de lo que hay de científico en el alma razonable: la *phronesis*

designa, en efecto, la virtud de la parte calculadora u opinadora del alma” (1999: 17).

La distinción entre el conocimiento de lo sustancial, inmutable e imperecedero y de lo accidental, mutable y contingente es muy importante para entender la separación entre el entendimiento de la justo y el actuar con justicia, entre el saber y la práctica del mismo y esta dilucidación es importante para abordar al derecho.

Para Aristóteles, el saber debe superar su condición de goce y contemplación, debe ser susceptible de ser administrado en la vida humana. Si bien, un concepto como el de *eudaimonía* (plenitud del ser, felicidad, bienestar), solo puede ser comprensible a través del intelecto (del saber entendido como goce y contemplación), se necesita de un campo de lo efectivo (el pensamiento nada mueve u origina, nos habla del movimiento) para llevar a cabo a la justicia como constitutivo mismo de lo humano. Por ello, Aristóteles divide a las virtudes en cinco: ciencia, prudencia, sabiduría, arte e intuición (*Ética a Nicómaco*). De entre ellas, la relación fundamental de lo intelectual, para el caso de la justicia, es la relación que la sabiduría (*sophia*) establece entre la ciencia (*episteme*) y la prudencia (*phronesis*).

El campo del arte es aquel del hacer o crear, “traer a la vida” por los medios de la razón aquello que no existe. Mientras la ciencia es la explicación de aquello que existe, el arte es la creación de algo. Existe, además, un tercer elemento: la prudencia. La *phronesis* está en el campo del obrar y por ello, requiere de la deliberación para escoger entre lo que se debe actuar o no; por tanto, Aristóteles nos dice que la prudencia no es ni una ciencia ni un arte. La prudencia se encarga de deliberar entre las acciones buenas o malas para el hombre, en sí mismo y en el ámbito de lo político, puesto que las acciones deliberadas lo son por afectar a otros.

No ciencia, porque aquello que trata puede suceder de otra manera, ni tampoco arte, porque el obrar y el hacer tienen los fines diferentes. Resta, pues, que la prudencia sea un hábito verdadero y práctico que conforme a razón trata los bienes y males de los hombres. (*Ética a Nicómaco*: 168)

Para Aristóteles (*Ética a Nicómaco*), de acuerdo a su principio de causa final,⁹² el bien es a lo que todas las cosas aspiran. De esta manera, cada conocimiento tiene una finalidad particular. En el caso del arte, la acción sigue una finalidad más valiosa que la acción misma, así, la política, en concordancia con su fin, el del bien humano, es más valiosa como conocimiento que ningún otro. El fin de este conocimiento no es su pura contemplación o su saber, supera su condición de *episteme* y se convierte en obrar, porque “el fin de la ciencia política no es el conocimiento sino la acción” (*Ética a Nicómaco*, p. 11). Pero, por supuesto, la política debe conocer su ámbito antes de obrar, y el suyo es el de lo bueno y justo. Y ser bueno y justo implica ser virtuoso. Por lo general, los hombres de política, de acción, se identifican con el honor y los méritos, tal posición es egoísta, pues en sociedad, la virtud está por encima del honor, dado que la virtud se identifica más con la verdad.

El fin último del hombre es obtener un bien, aquel máspreciado, el de la felicidad, pues ésta es “algo perfecto y autosuficiente, y que es el fin de todo cuanto hacemos” (*Ética a Nicómaco*, p. 18). Pero ¿qué es lo bueno?, dado que es una búsqueda humana, no pertenece sino a una característica exclusiva de nosotros: “lo propio del hombre es la actividad del alma según la razón” (p.19). Así, la felicidad se alcanza por el obrar virtuoso conforme a la razón, y

⁹² La teoría causal de Aristóteles reconoce cuatro causas: eficiente, material, formal y final.

ésta es la capacidad humana que puede distinguir entre lo concupiscible y lo desiderativo, y lo que se desea debe pensarse a través de la sabiduría, la comprensión de aquello que pensamos y la prudencia. La sabiduría, a través de la razón, impone la acción no concupiscible y sí moral, en base a un análisis de las acciones humanas, que consideran una axiología que va de extremo a extremo; quien actúa bien, en base a esos extremos, actuará en moderación, en el justo medio, pues los actos “para que pueda decirse que han sido realizados con justicia o con templanza, es necesario que el que los ejecutó sea justo y moderado” (p. 38), porque “es necesario que los apetitos sean pocos y moderados y nada opuestos a la razón” (p. 75).

Así, el campo de la justicia “es” y lo sabemos por la razón, pero eso no basta, puesto que la virtud, como decía Aubenque, está en el mundo de lo contingente, es en la voluntad en la cual se realiza, ya que el hombre puede saber lo que es justo, pero no serlo; eso está solo en la acción. La volición o la elección es lo más propio de la virtud (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 53).

Aristóteles dice que “en filosofía práctica logran mayor grado de verdad las proposiciones particulares, dado que la conducta humana concierne a los hechos concretos, y con estos deben estar de acuerdo las teorías” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 43). Por tanto, si se sigue la moralidad del término medio se actuará de forma sensata, de acuerdo a la recta razón en la que recae la justicia.

La definición de justicia está estrechamente vinculada al *nomos*: “Lo justo es lo legal y lo igual, mientras que lo injusto es lo ilegal o desigual” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 98) y “de las acciones definidas como legales por la legislación decimos que son justas”, ergo “llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política” (p. 98).

“Una parte de lo justo político es natural, y otra, es legal. Es natural lo que en todos lados tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Es legal lo que en un principio es indiferente que sea de un modo u otro, pero que una vez constituido deja de ser indiferente” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 110); por esto, es evidente cuáles cosas lo son por naturaleza y cuáles por “disposición de la ley o convención” (p. 111).

La razón nos permite distinguirlas y actuar de forma moderada por la recta razón (*mesotes*). Esta razón, que en la Edad Media estará relacionada a la razón divina impondrá las medidas para la acción. Así, la comprensión del mundo no tiene sentido sin la acción, el campo de la política y de la ley parte de una comprensión de la “naturaleza humana”, de esencias y sustancias invariables, pero que solo son posibles en la práctica.

Dentro de la ciencia, al hablar de lo necesario, podemos hablar de perfección, en el arte, otro tanto; pero en la prudencia no se habla de perfección, pues quien delibera puede fallar y por ello, dado que en el obrar se busca lo mejor, la prudencia es ciertamente una virtud y no un arte. Siguiendo con la exposición aristotélica, como se delibera lo que puede ser de otra manera, hablamos de opinar, a diferencia del conocimiento, de la *episteme*, que dado que es invariable, es susceptible de ser demostrado, a diferencia de lo que es arte y prudencia. Dada esta imposibilidad de demostrar los juicios prácticos, queda siempre la intuición para guiar las obras, como componente de la razón misma. Como se ha dicho, la sabiduría conecta a la razón y a la práctica, a los juicios que vienen de la ciencia y de la intuición y es en el obrar de acuerdo a la razón en donde se da la verdadera sabiduría; por ello, la consecución misma de la

sabiduría está en la *praxis*.

En base a lo dicho anteriormente, el derecho romano se establece sobre la *phronesis*, de la prudencia, del justo obrar, la *iurisprudencia*. Dentro del derecho romano, se concebía al mismo como ciencia o conocimiento del saber hacer. De allí, que el conocimiento es esencial, pero no puede estar desligado de la acción, es decir del trabajo en Roma de los *iurisconsultos* *iurisperitus* (Vega, 2009).

Cuando la RAE define a la jurisprudencia como “ciencia del derecho” o “conjunto de sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen” sigue la definición tradicional de los juristas:

...la jurisprudencia ha de considerarse la "Ciencia del Derecho". Pero en uno menos amplio, se entiende la jurisprudencia como la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver una cuestión que se les plantea, o serviría para designar la doctrina y criterios de interpretación de las normas establecidos por los tribunales ordinarios de justicia, cualquiera sea su clase o la jurisdicción a la que pertenezcan. (Schiele Manzor, 2008: 182)

De la misma forma, García Máynez recalca las dos acepciones que tiene la palabra jurisprudencia: “equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.” (García Máynez, 2002: 40)

La segunda de las acepciones está más cercana al mundo anglosajón. En este apartado nos interesa la primera, que considera el origen del uso de la palabra *prudencia* que deviene de *phronesis*, entendida como una virtud del obrar que es imposible de desvincular del derecho y la política. Más que una ciencia el derecho en el sentido de estudio y fuente, el término nos remite a la razón práctica, es decir, a aquello que se pone en juego en el ámbito social desde preceptos racionales. Esta condición de razón práctica es el fundamento mismo del derecho y que le otorga su racionalidad. La racionalidad jurídica es una racionalidad práctica (Vega, 2000a) más que *epistémica*. Sin duda, toda idea, racionalidad, postulado, *ethos* o cualquier forma de concepción sobre el mundo, ya sea puramente contemplativa o práctica conlleva necesariamente un anclaje epistémico (no necesariamente una epistemología entendida como una concepción más elaborada y sistemática), pero esto no considera el hecho de que existen saberes cuya funcionalidad misma es práctica.

La continuidad clave de la razón práctica recae en Kant para entender la relación entre dos tipos de razones – crítica y práctica – que entran en juego en el conocimiento para llevar a cabo el imperativo categórico de la libertad y otros principios como las razones morales y la felicidad.

En su *Crítica de la Razón Pura*, Kant (1781/1928) establece una teoría del conocimiento y una analítica racionalista para comprender el mundo. Kant sostiene que para poder conocer el mundo se debe partir de certezas o de criterios de seguridad, los mismos que solo son posibles a través de los constitutivos de la razón pura. Para él, el conocer es un acto de síntesis, es decir de reducción a elementos de uniformidad que permitan entender qué subyace a los conceptos que elaboramos.

Kant parte de rebatir la posición del empirismo floreciente de que todo conocimiento surge de la experiencia, ejemplificada en el famoso apotegma atribuido a Aristóteles “*nihil est*

in intellectus quod non fuerit in sensu”, que se expresa tanto en Hobbes o en el postulado de *tabula rasa* de Locke. El conocimiento puede empezar con la experimentación del mundo, pero no se origina allí, pues existen formas puras *a priori*, de las cuales, la lógica, la matemática y la geometría nos presentan ejemplos estupendos: “La matemática nos da un brillante ejemplo de cuán lejos podemos ir en el conocimiento *a priori*, independientemente de la experiencia” (Kant, 1781/1928: 36). Uno puede ir descubriendo aquellos juicios analíticos en la identidad propia de sujeto y predicado que no parte de la experiencia. En la propia relación de estas formas puras con los contenidos dotados por la propia experiencia, van surgiendo conceptos o categorías de la razón, como modalidad, relación, cantidad y cualidad. Kant hace una reformulación de las categorías aristotélicas. La razón empieza a preguntarse, a través de procesos lógicos, por aquello que escapa a las causas y se presenta como incondicionado, ya sea dentro de la razón, pero también como forma moral indeterminada (la libertad, por ejemplo).

Estas formas de la razón pura están presentes en las categorías de la lógica, la matemática o la ética, que funcionan como axiomas básicos. En la misma *Crítica de la Razón pura*, Kant reconoce que estas categorías son innatas o inmanentes, porque a diferencia de otras formas de conocimiento, éstas son propias de lo humano. Según Kant, la lógica debe de ser innata, un sistema universal y atemporal, pues ésta no ha conocido modificaciones sustanciales desde Aristóteles. “Notable es también en ella que tampoco hasta ahora ha podido dar un paso adelante. Así pues, según toda apariencia, hállase conclusa y perfecta” (Kant, 1781/1928: 12).

Como se puede ver, hay una relativa continuidad entre la visión kantiana y la del estagirita, sobre los conocimientos formales como “sistemas doctrinales”, entendidos de esta manera como axiomáticos. La relevancia que Aristóteles daba a la geometría (tomado de los pitagóricos, vía Platón) y su estatus epistemológico de ciencia como productora de teoría, es análoga a los conocimientos *a priori* de Kant, ambos son indeterminados e invariables.

Para Cortina y Martínez (2001) la ética ha tenido esta característica de saber práctico que recorre toda la tradición del pensamiento filosófico occidental. “Desde sus orígenes entre los filósofos de la antigua Grecia, la Ética es un saber de tipo *normativo*, esto es, un saber que pretende orientar las acciones de los seres humanos” (p. 9). Y nos recuerda la distinción aristotélica entre saberes teóricos (*theorein*), poéticos y prácticos; de estos últimos se encarga la Ética como disciplina práctica.

Kant recoge parte de esta distinción en la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, cuando dice que desde los filósofos griegos el saber se ha dividido en física, lógica y ética. La antropología práctica indaga las cuestiones del ser; por lo que se debe entender a la moral como una práctica ética que mira a lo moralmente bueno no conforme a la ley, sino que debe ser la ley (Kant, 1785-2013).

La síntesis kantiana está además en un nuevo orden de pensamiento, pues tiene que ocuparse de los conocimientos que habían surgido de la filosofía natural a través de la observación y además enfrentarse a la tradición metafísica de la escolástica. Precisamente por ello, Kant ve a la razón como crítica, pues a diferencia de la dogmática metafísica, se ha de someter a las ideas al tribunal de la razón. En este procedimiento, cuando el ser se interroga sobre cuáles son las acciones trascendentales que nos permiten conocer, aprehender la experiencia y trascenderla, Kant propone una forma de síntesis de la razón. Conocer, para él, es un acto de síntesis, de compendiar la multiplicidad de lo sensible en categorías. Las

categorías *a priori* nos permiten aprehender la multiplicidad de los fenómenos concretos. La primera síntesis de la razón es aquella de la imaginación, de los conceptos llevados a categorías. La segunda es la intelectiva, una especie de razón reflexiva que distingue el entendimiento del juicio, es decir de las razones trascendentes de las prácticas concretas. Todo lo concreto se abstrae para comprender los conceptos que están ligados a las categorías *a priori*. La tercera síntesis es propiamente la de la razón, aquella en lo que no basta lo concreto y real y se pregunta por la totalidad, puesto que jamás hay una experiencia inmediata de la totalidad, pero no por ello ésta no existe.

De allí, hay un proceso que vincula a la razón con la experiencia. Kant (1781/1928) plantea su famosa sentencia, por la cual, la razón es vacía sin la experiencia, pero la experiencia es ciega sin la razón. Ambas están estrechamente relacionadas y se distinguen de la dogmática metafísica, precisamente porque si bien uno puede reconocer categorías innatas en la razón, no hay ninguna experiencia inmediata que nos permita comprenderla plenamente. La razón no basta, por ello, Juan José García (2006) piensa que Kant no era un racionalista en el sentido cartesiano – la posibilidad de la deducción completa – e intenta superar, además, el problema de la integración de la totalidad de los empiricistas. Lo expuesto es central para el trabajo de la dogmática jurídica, que puede preguntarse por una totalidad, sin necesidad de comprobaciones de otro tipo, se presenta, por tanto, como razón reflexiva y así se legitima.

En el anterior párrafo se mencionó a las prácticas concretas. En la *Crítica de la razón práctica*, Kant, siguiendo cierta tradición aristotélica, nos dice que la práctica es el saber hacer las cosas – la virtud deliberativa aristotélica – por medio de la libertad. Si la razón pura establece los términos del conocimiento, la razón práctica “es una facultad que o bien produce objetos correspondientes a las representaciones o por lo menos se determina a sí misma para lograrlos (sea suficiente o no la potencia física), es decir, determina su causalidad. En efecto, en este caso la razón puede por lo menos llegar a la determinación de la voluntad y tiene realidad objetiva mientras lo que importe sea solo el querer.” (Kant, 1785-2013: 85-86). Como se puede ver, la razón práctica “determina su causalidad” y la voluntad, al incidir en tal causalidad, hablamos de un reino contingente y no necesario, lo que “puede ser de otra forma”, como dice Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*.

Si es la razón pura la que evidencia la libertad – aquello que aunque no puede ser experimentado, puede ser pensado, por lo que debe existir como *a priori*, como indeterminación –, es la razón práctica la que nos conduce a ella, puesto que el verdadero objetivo de la razón no es solo conocer, sino la consecución de la autonomía, de aquello indeterminado, es decir de la libertad como principio elemental de la moral. La razón práctica no puede surgir de la experiencia, pues los objetos de deseo no son los que imponen una guía de acción, porque cada individuo puede desear o no algo, ese es un principio empírico, pero un principio práctico sobrepasa la condición de cada sujeto, convirtiéndose así en una regla intersubjetiva, teniendo a aquella máxima: la libertad.

“*Principios prácticos* son aquellas proposiciones que contienen una determinación universal de la voluntad subsumiendo bajo ella diversas reglas prácticas. Dichos principios son subjetivos, o *máximas*, cuando la condición sea considerada válida solo para la voluntad del sujeto en cuestión, o *leyes prácticas*, si dicha condición es reconocida como tal objetivamente, es decir, cuando vale para la voluntad de cualquier ente racional.” (Kant, 1788-2013: 98).

El imperativo categórico de la libertad es aquel que guía la acción para la felicidad, pues

ser feliz es ser libre. Kant se pregunta sobre el fin último del hombre, y en ella está la idea de libertad, un elemento propiamente moderno. La libertad se corresponde a la moral, y por ello a la práctica, a la *prudentia*. La libertad⁹³ no puede ser experimentada en el mundo, pues su experiencia es moral, porque el mundo es el campo de lo determinado y la libertad no tiene determinación previa, es totalmente autónoma. El concepto de libertad (que no nace de la experiencia) solo se consigue en la razón práctica, es decir en el comportamiento, en la responsabilidad del obrar. Ser libre es vivir de acuerdo a las reglas universales de la razón práctica.

En plena facultad de reflexividad de la razón, la libertad debe reconocerse a sí misma y establecer los medios prácticos de su consecución. La ley moral es la que permite esto. La libertad, aquel campo de lo incondicionado, de lo autónomo, necesita de leyes morales, propias de su ámbito, que deben convertirse en razones prácticas, de obra, para poder ser alcanzados. Mientras el ámbito de la naturaleza es el de la heteronomía, el de lo determinado y variable, de lo causal y de la ciencia; el campo de la ley moral es diferente; las leyes morales y las leyes naturales tienen una naturaleza totalmente diferente.⁹⁴

La libertad no puede ser tal punto de partida, puesto que no podemos cobrar una consciencia inmediata de ella al ser negativo su primer concepto, ni tampoco nos cabe inferirla desde la experiencia toda vez que ésta solo nos proporciona la ley de los fenómenos y este mecanismo de la naturaleza supone justo lo contrario de la libertad. Por lo tanto es esa *ley moral*, de la cual cobramos una consciencia inmediata (tan pronto como nos trazamos máximas de la voluntad), aquello que se nos brinda *en primer lugar* y nos conduce directamente al concepto de libertad, en tanto que dicha ley moral es presentada por la razón como un fundamento de determinación sobre el cual no puede prevalecer ninguna condición sensible al ser totalmente independiente de tales condicionamientos. (Kant, 1785-2013: 113)

Así, la razón práctica como regla de conducta podría expresarse en la siguiente máxima: “obrar de tal forma que mi máxima deba convertirse en ley universal” (Kant, 1785-2013: 33) y dado que es una ley universal, debe seguirse por la voluntad, que es “una facultad de no elegir nada más de lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir, bueno.” (Kant, 1785-2013: 36)

Pero ¿cuál es el camino para determinar la voluntad? Para Kant, la moral es tan extendida, que intuitivamente podemos saber, al menos de forma general, lo que es bueno y malo, sin necesidad de un conocimiento profundo de la ciencia ética (otra muestra de que parte de principios *a priori*). El papel del juicio es fundamental en este discernimiento profundo. El juicio establece un vaso comunicante entre el concepto, que se pone en libre ejercicio, y aquello que se experimenta, el mundo inmediato y sensible.

Kant propone sus famosas preguntas básicas con las cuales debemos relacionarnos con el mundo. Mientras la razón crítica se pregunta ¿qué puedo conocer?, la razón práctica se pregunta ¿qué puedo hacer, cómo puedo realizar la libertad en el mundo? El problema es complejo, tomando en cuenta que la experiencia de lo indeterminado se la tiene que vivir en el

⁹³ “si no existe ningún otro fundamento para determinar la voluntad que pueda servirle a ésta como ley salvo aquella forma legisladora universal, entonces una voluntad tal tiene que ser pensada como plenamente independiente de la ley natural de los fenómenos en sus relaciones recíprocas, o sea, de la ley de causalidad. Mas una independencia semejante se llama *libertad* en el sentido más estricto, que no es sino el transcendental. Así pues, una voluntad a la que puede servir como ley, por sí sola, la simple forma legisladora de la máxima es una voluntad libre.” (Kant, 1788/2013: 111)

⁹⁴ Éste es uno de los principios fundamentales de la influencia neokantiana en Kelsen.

campo de lo determinado, de lo fenoménico. El ámbito de la acción, para Kant, siempre es histórico y la ley se desarrolla dentro de este ámbito. Ésta es la función del juicio. El juicio vincula las dos clases de conceptos: “no hay más que dos clases de conceptos, los cuales, a su vez, contienen diferentes de la posibilidad de sus objetos; son, a saber, los conceptos de la naturaleza y los conceptos de la libertad” (Kant, 1790/1989: 69). Entonces el juicio es el que permite unir a ambos: “Pero en la familia de las facultades superiores de conocer, existe además un término medio entre el entendimiento y la razón: este término medio es el Juicio.” y se entiende por juicio a la “facultad de concebir a lo particular como contenido en lo general” (Kant, 1790/1989: 74 – 78).

El juicio se pregunta hasta dónde podemos entender lo fenoménico, la historia y la naturaleza desde la libertad. Para Kant, nosotros nos debatimos entre nuestra condición natural – la de seres vivos – en las que hay una finalidad interna muy marcada y se percibe fácilmente y una finalidad externa a nosotros, compleja y diversa, que, como se ha dicho, persigue la libertad en la sociedad, en la historia. Kant ve en este hecho la necesidad de una regulación como forma práctica de alcanzar la libertad. La libertad y la felicidad están íntimamente relacionadas, son una finalidad en sí misma y no son campo de la ciencia o del conocimiento, son el campo propio de la práctica, la razón se convierte en un medio – aunque exista en sí misma a través de la razón pura – que permite conseguir los fines mismos de lo indeterminado. En este caso, la razón práctica se da en el campo de lo fenoménico y heterónomo a través de la regulación, que tiene diferentes niveles a través de la historia. En el caso de la modernidad, el Estado es quien permite tal regulación, en una visión evolutiva similar a la de Hegel, pero en donde el Estado no es expresión máxima de la idea absoluta y la razón, sino propia del campo de la razón práctica. De esta forma, Kant ve al Estado de derecho moderno como un elemento central de la razón práctica para conseguir la libertad, lo que termina por vincular a todos los elementos gnoseológicos y éticos en las propias especificidades de la historia moderna. ¿Por qué es importante esta aseveración sobre la regulación y el Estado? Porque de esta manera, la razón libera a la sociedad del arbitrio de la autoridad, como cosa necesaria y funcional, y no como simple ejercicio de poder. Esta funcionalidad permite fundar el derecho como tal, lograr un cuerpo colegiado basado en el Estado que permita crear leyes como prácticas concretas a partir de la razón pura. El Estado es un ejercicio de la razón y las leyes son un ejercicio del Estado. A fin de cuentas, la razón es la que actúa como principio epistemológico ulterior.

De allí surgen elementos importantes para la posición *iusnaturalista*. La diferencia gnoseológica entre el ser y el deber ser, es el mismo de la razón pura y la razón práctica. Si bien, en sentido estricto, no es naturalista (Palombella, 2009), dentro del campo del derecho, termina siéndolo en un ajuste que comprende al derecho natural como *a priori* o preexistente a todos los hechos, es decir previo a las convenciones. Curiosamente, dentro de la tradición jurídica, Kant es visto como uno de los precursores del *iusnaturalismo* moderno, lo cual no se sostiene más allá de lo ya explicado. Para Palombella, más que naturalista, hay un enfoque racionalista, aunque coincide con el naturalismo en la búsqueda de principios eternos e invariables, propios de la razón pura y además, cercanos a la *recta ratio*.⁹⁵

Para concluir, me parece importante recalcar la división entre el *ser* y *deber ser*, como fundamento mismo del carácter práctico y normativo del derecho, relacionado al ámbito de la

⁹⁵ Este tipo de *iusnaturalismo* es propio de la jurisprudencia continental, visible en Thomasius, Pufendorf o Leibniz (Palombella, 2009).

phronesis y la *prudentia*. En ambos casos, la razón práctica y la prudencia son los fundamentos epistémicos del derecho como práctica concreta, basada en una normatividad superior, ya sea de la *episteme* o de la propia razón pura. Sin una acción concreta y deliberativa, conectada al mundo, no se puede alcanzar la propia determinación natural o la teleología implícita en los imperativos categóricos como la libertad.

1.4.2 Dogmática como ciencia del derecho

La dogmática jurídica es una parte fundamental dentro de la epistemología del derecho. Se la puede definir como la actividad realizada por los estudiosos del derecho que califica las acciones atribuidas a los agentes jurídicos. La dogmática aporta los elementos para establecer la relación entre sistema – comportamiento y consecuencias jurídicas. En base a la dogmática nos podemos preguntar “¿Qué hacer y qué se debería hacer?” (Núñez Vaquero, 2014: 247). La dogmática aportaría los elementos centrales del estudio del derecho, entendido como un ejercicio particular concreto en tanto que acciones y responsabilidades, basados en un sistema ideal normativo, en un “deber ser”.

Se reconoce a la dogmática como la sistematización de los saberes jurídicos, la misma que puede rastrearse en el propio derecho romano, vuelve con los glosadores medievales, y retoma relevancia a partir de los intentos de sistematización del idealismo alemán – el de Leibniz -, en conexión con el iusnaturalismo racionalista – Pufendorf, Tomasio y Wolff (Ruiz Miguel, 2002: 273).

A partir de allí, la *Rechtsdogmatik* se consolida en el siglo XIX con la llamada “jurisprudencia de conceptos” (Coing, 1982). Dentro de la “jurisprudencia de conceptos” de Ihering se reconoce una jurisprudencia de tipo superior y otra de tipo inferior (una relación en términos positivos, entre la constitución, por ejemplo, y las leyes orgánicas). Las superiores son de tipo prescriptivo y las segundas de tipo receptivo, es decir que las primeras disponen y las segundas recogen las disposiciones de las primeras (Atienza, 2014). Esta escala prelativa permite establecer un procedimiento de la construcción jurídica:

1. Lo que se construye tiene que coincidir con el material positivo.
2. Lo construido no debe ser contradictorio con aquel material.
3. La ley de la belleza jurídica, es decir de la elegancia formal.

La materia original nos es dada por un poder legítimo, es positiva en sentido jurídico, y hay que saber conjugarla; el sentido ulterior de tal acción es práctico, pero no por ello deja de haber una autonomía plena de la dogmática en sentido de producir conocimiento por sí mismo. La sistematización de Ihering es un antecedente importante de un conocimiento verdadero y sistemático del derecho. La sistematicidad se convierte en una condición de la cientificidad del derecho.

Este es un primer reconocimiento del término dogmática, pero su uso es distinto en varios sentidos. El primero, similar a éste, es el de ciencia del derecho, es decir en el conjunto de preceptos que anteceden a la práctica. Por otra parte, también se entiende a la dogmática en cuanto a la práctica como tal. En otro sentido, en el caso del derecho positivo, hay cierto sentido peyorativo de dogmática como metafísica precedente del derecho, pero funciona de igual forma, como sistema base para trabajar en jurisprudencia (Núñez Vaquero, 2014).

El sentido de jurisprudencia de conceptos y formalismo jurídico (siglo XIX y siglo XX

respectivamente), es el que está detrás de la consideración de la dogmática como ciencia. La dogmática impone un método de coherencia y sistema cerrado que permite un trabajo autorregulativo, como una gramática extensiva que pueda abarcar a las particularidades, es decir un sistema del cual se puedan derivar conclusiones generales aplicadas a los casos particulares.

A partir de la dogmática de Ihering, el término ha cobrado autonomía: “el nombre se ha desprendido de esta conexión histórica y puede ser utilizado para designar la comprensión sistemática del contenido de un determinado ordenamiento jurídico” (Coing, 1982: 246). De esta forma, la sistematización del derecho positivo alemán, conjuga los elementos históricos de su origen romano (la escuela histórica de Savigny), con el estudio de los preceptos que construyen el derecho moderno, analizados en la dogmática. De esta forma, la creencia de que la dogmática es la ciencia jurídica por excelencia se vuelve muy extendida:

El derecho adquirió madurez científica desde que Federico Carlos von Savigni (sic), jurista y político alemán, fundador de la escuela histórica, constituyó con precisión lógica el concepto de ‘relación jurídica’. Savigni llegó a argumentar que las demás ciencias como la Física, la Biología, la Química, la Sociología se desenvuelven a través de relaciones. Rudolph von Ihering llegó a considerar que la relación jurídica es la ciencia del derecho como el alfabeto es a la palabra. La relación jurídica es el vínculo entre un ‘hecho’ y la ‘norma’, entre un ‘acto’ y la ‘norma’. A través de ese nexo de causa efecto se construye la ciencia.” (Jaramillo Ordóñez, 2003: 15)

Por ello, al conjugar estos elementos conceptuales, históricos y aportar el análisis de relaciones jurídicas como causa-efecto, la *Rechtsdogmatik* constituye la teoría más extendida de una “ciencia” de lo jurídico y es propia del ámbito del derecho positivo por su propia raíz germana: “La dogmática jurídica es típica de los países en que predomina el derecho legislado – los del continente europeo y los hispanoamericanos, entre otros -, no habiéndose difundido, en cambio, en el ámbito del *common law*” (Nino, 2014: 321).

Tradicionalmente, la dogmática estuvo ligada a lo que Dias (1985), para el ámbito anglosajón, llama *expository jurisprudence*, que fue la derivación de las teorías de Bentham y Austin sobre el derecho, entendido como un análisis de las estructuras y conceptos inherentes a la ley, a las que se añan las disquisiciones filosóficas sobre ésta. La jurisprudencia también contiene elementos de orden metafísico acerca de la justicia, a la que la dogmática también está abocada: ¿qué son deberes y derechos, cómo se usan, cómo funcionan, qué los legitima? Es decir, una filosofía sobre la justicia y una teoría sobre la norma.

La dogmática de Alexy sigue la tradición de *disquisitions about law* aunada a la facultad práctica, a la razón práctica basada en los principios de justicia (Núñez Vaquero, 2013). Dias nos dice que la ley siempre connota un propósito y es indesligable de un *pathos* y una meta. No se distingue, en este sentido, de la moda, la moral, la religión, la opinión, pues son formas de control social, pero sí en que es un sistema que comprende validez y elementos centrales de acción. La dogmática siempre tiene una funcionalidad técnica, pues es razón práctica, en última instancia, basada en un estudio sistemático y coherente de las normas. Por ello, sostendría, que de acuerdo a Dias, el *common law* prepondera la práctica a la sistematicidad, la aplicación a los conceptos.

Existe cierto consenso sobre el carácter de la dogmática:

Para Max Weber, el rol debería de dicha ciencia es el siguiente:

La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; es decir, en investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de su subsunción. Procede de tal suerte en esa tarea que, partiendo de su indiscutible validez empírica trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción.⁹⁶ (Weber, 1992-2014: 251)

Weber entiende al estudio del derecho en un sentido dogmático, una sistematización lógica de un cuerpo normativo. Así, para Weber, el derecho es una ciencia normativa, difiere de las empíricas – y dogmática (Turner, 2010).

Conig entiende de una manera similar a la dogmática, pero poniendo de relieve la apertura del sistema:

La Dogmática jurídica, por el contrario (el autor se refiere a la Historia del Derecho – esta aclaración es mía), es la ciencia del Derecho positivo vigente. Investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto que todo ordenamiento jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la Dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia. (Conig, 1982: 245)

Conig rescata el papel de “preparación de las normas” de la dogmática y su función de estudio de las normas, así establece su función analítica – pedagógica – técnica.

Para Robert Alexy (1997), el término “dogmática jurídica” no es del todo claro, pero se debe ver que hace alusión a “la ciencia del derecho en sentido estricto y propio” y vincula, al menos, tres aspectos: “(1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos”⁹⁷ (Alexy, 1997: 240). Por ello, Alexy ve una ciencia “multidimensional” porque correlaciona tres dimensiones: “una empírico-descriptiva, otra analítico-lógica y otra práctico-normativa” (p. 241).

Nino lo define como: “Esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideas racionales respecto al derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de soluciones que propone”⁹⁸ (Nino, 2014: 321).

Recalcamos varios puntos de los conceptos expuestos: 1) la equivalencia general que los juristas hacen entre ciencia del derecho con la dogmática jurídica como un tipo de estudios específicos sobre el derecho; 2) la búsqueda de una sistematización del cuerpo jurídico; 3) la elaboración teórica a partir de los diferentes derechos legislados, es decir, la elaboración de

⁹⁶ En la medida en la que el derecho es una ciencia dogmática, para Weber no existe ninguna distinción particular entre el derecho, la moral o la metafísica (Turner, 2010).

⁹⁷ El énfasis en el análisis de los “hard cases” es un puente importante entre el derecho continental positivo y el derecho del *common law*. Para Dworkin (1984), el estudio de los casos problemáticos o duros es un elemento importante para el análisis científico del derecho.

⁹⁸ En los párrafos sucesivos se completa tales rasgos, funciones y técnicas.

teorías generales surgidas del análisis de casos particulares; 4) la importancia de la dogmática para la aplicación de la técnica jurídica; 5) la racionalidad del sistema crea una estructura que busca ser lógicamente coherente; 6) la esfera de la dogmática circunscrita al derecho positivo de raíz romana.

Siguiendo estos puntos, podemos remitirnos a las funciones que Alexy (1997) ve en la dogmática con respecto a todo el derecho. A mi entender, el análisis del autor alemán establece dos nodos (como ya he indicado en la nota al pie), entre el derecho positivo continental y el consuetudinario anglosajón, a través del análisis de los casos “tipo” o casos “problemáticos”; pero además entre el derecho como ciencia y como técnica, pues es la función propia de la dogmática. “La dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas” (Alexy, 1997: 243).

Funciones de la dogmática

Alexy piensa que los enunciados dogmáticos pueden ser justificados solo a través de argumentos prácticos de tipo general y sobre ellos se establecen seis funciones básicas:

1) Función de estabilización – con la ayuda de enunciados dogmáticos se hacen reproducibles ciertas soluciones a cuestiones prácticas (Alexy, 1997: 255). Al fijar ciertas normas de decisión, se crea un principio de estabilización institucional que permite universalizar las decisiones en base a criterios mayores, como los de justicia, derechos fundamentales, etc. Esta función de estabilización tiene un carácter práctico central.

2) Progreso – relacionado a la estabilización. Para Alexy, la dogmática amplía la discusión jurídica. El autor niega que este progreso funcione igual a la idea ordinaria de progreso que parece relacionarse con las ciencias empíricas. Este progreso no solo depende de los “científicos” del derecho, sino también de los legisladores, de los administradores de justicia, de los valores públicos. Esta confluencia de factores no niega la posibilidad de que la dogmática sea progresiva y nos dice que “la posibilidad de tal progreso es un fuerte argumento en favor de la dogmática científica” (Alexy, 1997: 257).

3) Descarga – adoptar enunciados ya comprobados descarga la responsabilidad de nuevas comprobaciones (a mi parecer, con “comprobados” hace más bien alusión a la eficacia). Sin una razón importante para dudar de tales “comprobaciones”, se puede aliviar el peso de los procesos y las decisiones jurídicas. Para Alexy, la descarga es una forma de negar la cerrazón sistémica del derecho en el que los enunciados dogmáticos sirven por sí solos como base para inferir nuevos procesos. La descarga facilita, pero también expone los problemas de inconsistencias en el caso de que sea necesario. La descarga “no es solo indispensable para el trabajo de los tribunales, que tienen lugar bajo la presión del tiempo; también es importante para la discusión científico-jurídica” (Alexy, 1997: 257).

4) Técnica – dota de conceptos básicos generales, así como enunciados y crea estabilidad en las instituciones jurídicas, que en última instancia sirve para la aplicación. Al igual que Conig, Alexy pone de relieve que la dogmática tiene una función explicativa, pedagógica que debe traducirse en la aplicación.

5) Control – la dogmática trabaja así con un principio de consistencia interna. Busca la comprobación sistémica, es decir la compatibilidad lógica; la comprobación

sistémica en sentido de compatibilidad práctica general. La dogmática funciona como principio casuístico, en el que la eficacia argumental se da por la universalidad de la aplicación.

6) Heurística – dota de modelos de solución y sintetiza el estado de comprensión alcanzada de los singulares. “Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados” (Alexy, 1997: 260).

Estos seis elementos se vincularían de la siguiente manera: la dogmática estabiliza en un sentido no solo institucional, sino que en la descarga, al usar enunciados ya comprobados, y al tener un patrón de control lógico, crea también una estabilidad epistémica, fuente misma del progreso de la ciencia del derecho. Esta ciencia puede ser aplicada a nivel técnico y heurístico y esa es su función última.

En este punto, quisiera exponer la crítica de Nino (2014) al sentido general que se le da a la dogmática. La postura crítica de Nino se puede entablar en las seis funciones descritas por Alexy, que ve en la dogmática ciertas características propias de un tipo de ciencia estable, coherente y progresiva. Para Nino, esta actitud ideológica e ideal se resumiría en:

1) **Adhesión dogmática al derecho positivo** – porque la palabra “dogmático”, para Nino, hace alusión a la “fuerza obligatoria del derecho” (Nino, 2014: 322). El derecho escrito debe ser la fuente real de estudio y ejerce una “real fascinación entre los hombres de derecho”, puesto que permite el estudio de un cuerpo estable. Nino resalta esta actitud desde el mismo código napoleónico, que se presentaba como una obra acabada en sí misma.

Como recalca Conig (1982), esta actitud frente al derecho positivo ya se halla en la “jurisprudencia de conceptos” de Ihering. Esta adhesión se caracteriza, de acuerdo a Nino (2014: 325) en: a) una adhesión al derecho legislado; b) suposición de que el derecho legislado es preciso, coherente y completo; c) aplicación del método de “construcción”, que combina de forma estructural los diversos elementos del cuerpo legislado; d) limitación del juez a una tarea cognoscitiva y no abierta.

2) **El modelo dogmático del legislador racional** – la propia sistematización y aquello que Nino llama el “método de construcción”, hace ver al legislador como aquel ente racional que propone las soluciones que se hallan de “forma latente” en ese cuerpo coherente llamado derecho. Citando a Nino, “Los juristas hablan del legislador como si fuera un *único* individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico” (Nino, 2014: 328).

Y continúa sobre las creencias de los juristas dogmáticos con respecto al legislador: “también aluden a un legislador *imperecedero*, que mantiene con su voluntad la validez de las normas”; “es siempre *consciente* de las normas”; “acogen la ficción de que el legislador es *omnisciente*, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas”; “también imaginan que el legislador es siempre *operativo*, no dictando normas que carecen de aplicabilidad alguna”; “atribuyen al legislador también la propiedad de ser generalmente *justo*”; que “es *coherente*”; que “es *omnicomprendivo*, pues no deja ninguna situación jurídica sin regular”; y que también “es *preciso*, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca” (Nino, 2014: 328 – 329).

Este tipo de creencias sobre el legislador supone un paralelismo con la concepción de la capacidad de cálculo y acceso a la información de los individuos en la teoría de la elección racional. Los humanos tendríamos acceso total a toda la información

disponible, podríamos procesarla sin problema y tendríamos capacidad de cálculo infinita para la mejor toma de decisiones. Por supuesto, la evidencia empírica de cómo nos comportamos los humanos contradice totalmente a esta postura (Escobar Jiménez, 2016).

3) Otras técnicas dogmáticas para justificar soluciones originales:

a) En la propia sistematización, los juristas reemplazan todo el vasto cuerpo jurídico con unas pocas normas y así aparece como coherente y sería posible “siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados”, pero esto no sucede, porque “no es infrecuente que los juristas dogmáticos transpongan ese límite” (Nino, 2014: 333) y se introducen normas nuevas de forma casi imperceptible.

b) La formulación de “teorías” como el abuso en el derecho civil, los gobiernos *de facto* en el derecho constitucional, la relación del trabajo en el derecho laboral, la teoría general del delito en el penal, etc. Nino aclara: “Lo que caracteriza a las teorías dogmáticas es que se presentan como *descriptivas* de algún aspecto importante de la realidad social o del *status* ontológico de alguna institución o concepto. De este modo aparece como su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente” (Nino, 2014: 334).

c) El “realismo verbal” descrito por Kantorowicz (2006), que busca estructuras esenciales, en términos como “contrato”, “delito”, etc.

Con respecto a tal adhesión dogmática al derecho positivo, podríamos pensar que, tal como dice Alexy (1997), la dogmática jurídica supone un progreso, el mismo que se le atribuye a las ciencias empíricas. Resulta difícil pensar en tal “progreso” si no se remite al estudio de un cuerpo normativo coherente y estable. La poca “movilidad” del derecho positivo, facilita hacer de él un objeto de análisis más factible, y sacar de éste generalizaciones que puedan ser progresivas, como se supone que la ciencia busca.

En esta forma de entender las ciencias hay varios errores pseudopositivistas. Se asume que la ciencia es estable, porque trata de fenómenos estables, los naturales. Dado que el derecho cambia con el tiempo, se debe aplicar a aquel derecho fijo, el positivo, que no es estable por simple capricho legislativo, sino que es producto de una tradición de sistematización que va desde los juristas romanos, pasa por los glosadores medievales y llega a los dogmáticos modernos. El derecho positivo sería el producto de un estudio profundo de la organización y la condición humana. Con la siguiente cita quiero ejemplificar la ingenuidad de esta postura:

El derecho adquirió la categoría de ciencia desde que los jurisconsultos romanos con sabia experiencia y exquisita cultura observaron y descubrieron que en la sociedad existen ‘tipos de conductas’ más o menos estables, de relativa ‘regularidad’, ‘normalidad’ y ‘constancia’ que obedecen a ciertas condiciones naturales y sociales y a exigencias axiológicas. Como consecuencia de esta percepción, los romanos valiéndose de concepciones lógicas elaboradas por los filósofos griegos crearon estupendos ‘modelos jurídicos’, como el “jus civile”, el “jus gentium”... y de esta manera previeron y disciplinaron la conducta de los hombres, subordinando a clases, géneros, especies, tipos de comportamiento; y llegaron a sostener que la ciencia del derecho es la jurisprudencia. El derecho romano ha sido considerado como la fuente límpida e inagotable de conocimientos científicos los mismos que basados en la experiencia se lo ha cultivado por miles y cientos de años. (Jaramillo Ordóñez, 2003: 14)

Pero persiste un principio autocomplaciente, una circularidad vacía, que postula una clara indistinción en esta relación entre la dogmática y el derecho práctico, pues no se entiende qué deriva de qué, si el derecho del estudio y observación de tales condiciones humanas y de allí su estabilidad o de tal estabilidad deviene la observación de ciertas condiciones naturales de organización y ontología humana.⁹⁹

Esta indistinción es notoria en el criterio de estabilidad y control de Alexy. La estabilidad hace alusión a la institucionalidad del derecho, a su carácter convencional, cuyo acervo facilita la resolución de casos posteriores. Pero la estabilidad institucional y la acumulación de teorías, glosas o doctrinas sobre el derecho pueden suponer progreso – una mejor aplicación de la misma normatividad –, pero no constituyen en sí mismo una condición de científicidad. En primer lugar, Alexy parece ignorar que el progreso no es una característica sustancial de las ciencias, por ello, a lo largo del siglo se han sucedido teorías que intentan explicar ello, como en Koyré, Popper, Kuhn¹⁰⁰, Lakatos, etc. La ruptura de la mecánica clásica newtoniana supuso un choque devastador a esta concepción, y es precisamente a partir de ella que se derivan importantes filosofías de la ciencia para dar cuenta de esta ausencia de uniformidad.

A esto, el término progreso científico guarda una enorme carga valorativa relacionada al cientismo iluminista del siglo XVIII. “Progress is an axiological or normative concept, which should be distinguished from such neutral descriptive terms as “change” and “development”” (Niinluoto, 2015: s/p). La ruptura de la mecánica clásica pone los elementos implicados en tela de juicio. La discusión clásica entre Popper y Kuhn sobre el carácter progresivo de la ciencia pone énfasis en esta ruptura. Para Popper, el desarrollo es innegable pues allí descansa la racionalidad científica, y ésta no puede ser entendida como progreso ni acumulación, sino como el reemplazo de mejores teorías por otras no tan buenas por medio del método de la falsación. En Kuhn, por ejemplo, no se niega tampoco la acumulación de conocimiento, pero esto tiene un marco referencial en un paradigma dado, explicado por el término “ciencia normal”, es decir, por el conjunto de prácticas y creencias que los científicos tienen por “verdadero”. Cuando no se pueden resolver los problemas dentro de la ciencia normal (la famosa concepción de la ciencia como *puzzle-solving*), una serie de “anomalías” llevan a una crisis y a un cambio en el paradigma a través de una revolución científica, lo que implica que un paradigma nuevo no compagina con el paradigma anterior, negando así una cualidad acumulativa entre paradigmas. Para Niinluoto (2015), Kuhn comparte con Feyerabend la visión de la inconmensurabilidad entre teorías opuestas en diferentes paradigmas, pues no pueden ser reducidos a términos comunes lo que termina por negar la posibilidad meramente acumulativa de la ciencia. Estas discusiones no entran en juego en la consideración de Alexy y se ve en el carácter progresivo del conocimiento jurídico en una condición de científicidad.

Por otro lado, en la función de descarga, la comprobación es más bien sobre la eficacia y no sobre la verificación, falsación, contrastabilidad o cualquier otro postulado sobre la forma en la que la ciencia “trata” o “pone en consideración” sus teorías. La eficacia es un principio

⁹⁹ Siempre se puede apelar a un espurio entendimiento de la dialéctica, en donde no importan las relaciones causales, y limitarse a decir que ambos elementos se construyen simultáneamente, lo cual no tiene ningún poder explicativo y mucho menos predictivo.

¹⁰⁰ El presupuesto general de la filosofía y de los científicos fue que la ciencia se distingue de otros saberes por ser progresiva y acumulativa (Niinluoto, 2015). Sin embargo, la noción de progreso impone una axiología de “buena ciencia” o “mejor ciencia”, que va de menos a más y en el que a través de las teorías científicas crecería nuestro acervo de *verdad* sobre el mundo. La noción de conocimiento como progresivo, sobre todo sostenida por el análisis sincrónico del positivismo lógico, se da un estudio diacrónico en el que participan varios filósofos de la ciencia como Hanson, Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend, Laudan, etc.

de la racionalidad técnica que está presente en todos los órdenes de la vida. Es más eficaz seguir la regla de tomar sopa con una cuchara y no con palillos chinos. Esta regla, desde luego, no es científica. Ni el progreso ni la comprobación (como eficacia) son característicos de la ciencia. Tampoco lo es la comprobación empírica de enunciados referidos a fenómenos particulares. Esto será aclarado a su momento, pero corroborar empíricamente enunciados sobre reglas no tiene ninguna connotación científica necesaria.

Me parece importante también subrayar que la función heurística propuesta por Alexy no entraría en la visión del “legislador racional” que para Nino es preponderante entre quienes sostienen la coherencia de la dogmática, como producto completo y perfecto de individuos con capacidades de cálculo y acceso a la información sin límites. La dogmática como cuerpo coherente y complejo es apenas un ideal no posible en la realidad; y es la misma crítica que Nino (2014) hace a Kelsen sobre su pretensión de trabajar con un cuerpo cerrado, el cual puede funcionar de forma coherente y estable.

La dogmática siempre pone el acento en la sistematicidad y la coherencia del cuerpo jurídico. Al respecto, quisiera remitirme a la posición de Nino sobre la dogmática. Para Nino es importante contrastar el uso del término “dogmático” frente al “empírico”.¹⁰¹ El primero caracteriza a lo normativo (tal como lo propone Weber en la referencia dada en este acápite) y el segundo, sería un supuesto requisito de las ciencias. Nino lo expresa así: “Se suele calificar de “dogmática” una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ellas las exigencias del conocimiento científico. Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de las consideraciones racionales” (Nino, 2014: 322). Pero se puede también calificar de dogmática a una norma por otros criterios, como “la autoridad que ha dictado la norma, la eficacia de dicha norma...” (p. 322).

Para Nino, dado que la dogmática necesitaría de principios que *no se pueden poner en duda*, estaría conectada con el iusnaturalismo. Pero en el sentido “dogmático” por autoridad, también podría conectarse con el iuspositivismo, para quienes la legitimidad y obediencia parten de la autoridad que ha emitido la norma.

Vega lo define así:

Desde un punto de vista etimológico, el dogma nos lleva a la opinión, nuevamente al campo que se distingue del conocimiento y que incluye a aquello que nos parece bueno, prestando más atención a los principios de la virtud y lo bueno que a cualquier otra cosa. El método jurídico es fundamentalmente un método dogmático que se agota en la interpretación y reformulación de textos normativos centrales. Esta acepción ha sido incorporada en todas las demás lenguas (*science du droit*, *legal science*, *scienza del diritto*). Y es la que desde entonces centra los debates filosófico-jurídicos acerca del tipo de científicidad que realmente envuelve tal metodología dogmática. (Vega, 2009: 307)

El término dogmática guarda relación con la idea de sistema estable de principios (ya no inmutable, como en el caso del *dogma* religioso), de los cuales se desprenden los elementos para sancionar el orden que se sigue de tal sistema.¹⁰² Pero, el sentido de dogmática deriva sí

¹⁰¹ Este presupuesto de lo empírico en la ciencia es un tema ampliamente debatido y se ceñiría apenas a cómo el positivismo decimonónico veía a la ciencia.

¹⁰² Manuel Atienza (2014) nos recuerda que para Kuhn, toda ciencia necesita un conjunto de dogmas sobre los cuales funcionar, pero aclararía que el sentido de “dogma” está relacionado con lo que Lakatos llama el “núcleo firme” de los Programas de Investigación o el núcleo duro de los paradigmas de la “ciencia normal” de Kuhn; es decir, hipótesis que no se ponen en duda, porque de otra forma no podrían hacerse nuevas investigaciones.

de la sistematización de la propia teología dogmática. Que comparta o no presupuestos metafísicos es otra cosa, pero su punto de confluencia es la sistematicidad expositiva. Al ser un sistema, la dogmática se basa en una estructura argumentativa que establece ciertos principios fundamentales para luego ir derivando nuevos enunciados de forma lógica y coherente (Atienza, 2005).

Ahora bien, la oposición central es que en el caso de la ciencia, ésta permanece como un sistema abierto, es decir susceptible de refutación y contrastación. Tanto Nino como Vega resaltan el carácter o cerrado o valorativo de la dogmática, cuyo eje central más que el de la refutación o contrastación es el de la perfectibilidad de la estructura argumentativa. En la ciencia, el problema excede a la idea de sistema. La ciencia es sistemática y teórica, pero ambos no son condiciones suficientes. Tanto la filosofía, la metafísica o la ética son sistemáticas y teóricas, pero no son científicas.¹⁰³

La dogmática como ciencia jurídica es la que pretende establecer de la *praxis* y la *phronesis* un *episteme*, es decir un conjunto teórico aplicable más allá de los derechos específicos. Las teorías que enumera Nino en el punto 3 de este apartado, sobre las “técnicas de la dogmática para presentar soluciones originales”, no tendrían ningún fundamento empírico propio, son teorías sobre escritos. La dogmática jurídica es un discurso de segundo orden, es decir, un discurso sobre un discurso. Una presentación sistemática como la teoría literaria o la filosofía de la ciencia, que son discursos de segundo orden, ¿son científicos? ¿La teoría literaria, la crítica musical, la filosofía de la religión serían ciencias? El problema es ver a la sistematicidad como condición suficiente de lo científico.

Vega (2000a, 2009) nos dice que la fundamentación científica de la dogmática jurídica se asienta sobre la visión, surgida en el siglo XIX, de que constituía una disciplina teórica sobre el ejercicio práctico. Al partir del estudio de las normas como dogmas y no como hechos (pues lo contrario sería reclamar la participación de otras ciencias, la sociología, la psicología, etc.), se fundamenta una teorización que explica el porqué de las normas, no en el sentido de la explicación científica, sino de forma argumental, sobre su racionalidad funcional en el propio sistema. Por ello, era vista como una ciencia doctrinal. Pero esta constitución descriptiva de constatar lo creado, basado en un método puramente lógico, no tiene ningún tipo de valor explicativo:

...una tal ciencia jurídica descriptiva no tendría precisamente forma científica alguna, dado que, al no rebasar el nivel construido por las normas y servir a su simple constatación, se limitaría a adoptar la forma que el propio derecho tiene en cuanto a normatividad. (Vega, 2000a: 138)

De ello, en base a la teoría del cierre categorial de Gustavo Bueno (1992), Vega (2000a) nos dice que la definición en filosofía de la ciencia siempre se ha basado en una consideración de la relación entre materia y forma, es decir entre objeto de estudio y abordaje, respectivamente. La materia hace alusión a las estructuras, hechos y fenómenos con los que se trabaja; mientras la forma, a los parámetros lingüísticos, conceptuales, lógico-matemáticos de

¹⁰³ La noción de que la lógica es insuficiente para la construcción de las ciencias modernas es rastreable en Descartes o Bacon. En el *Novum organum*, Bacon expone: “11. La lógica en uso es más propia para conservar y perpetuar los errores que se dan en las nociones vulgares que para descubrir la verdad; de modo que es más perjudicial que útil” y “13. No se pide al silogismo los principios de la ciencia; en vano se le pide las leyes intermedias, porque es incapaz de abarcar la naturaleza en su sutilidad; liga el espíritu, pero no las cosas” (Bacon, *Novum organum*, Libro Primero, aforismos 11 y 13).

análisis. La relación entre ambas permite determinar cómo se produce el conocimiento, elaborar una metateoría de la ciencia: 1) si se subordina la forma a la materia, hablamos de descripticismo; 2) si se subordina la materia a su forma, hablamos de teoreticismo; 3) si ambas dimensiones se yuxtaponen, hablamos de adecuacionismo; 4) si partimos de la imposibilidad de su separación, hablamos del materialismo gnoseológico (la propuesta del propio Bueno).

El principio de las ciencias humanas es que el sujeto y objeto de estudio son inseparables (Bueno, 1992; 1995), con los consecuentes problemas metodológicos interpretativos, propios de las ciencias humanas, basados en fórmulas más reconstructivas e ideográficas que generalizadoras. Este problema, que ya reconoce una diferencia, aunque no separable, entre sujeto y objeto (pues se funden en uno), en el caso del derecho es aún más restringido, porque no se puede entenderlo desde los términos de la existencia del “objeto” fuera de la propia norma, por lo que no solo no existe separación entre materia y forma, sino que además, no existe esa relación entre sujeto y objeto (si nos limitamos al análisis de las normas, como la dogmática). En el derecho, la separación entre materia y forma no es posible, porque no existe una distinción factible entre ambas. Por tanto, una ciencia sobre su propio producto no puede tener ningún tipo de función explicativa en el sentido epistemológico.

Comprender a una ciencia normativa basada en el descripticismo de la propia norma, parte de la idea de que el derecho es un objeto acabado y de que la ciencia jurídica debe reflejar esto de forma neutral. Para Vega (2000a: 138), ambas pretensiones fallan, sobre el postulado de objetividad del derecho en cuanto tal (¿cuál es la objetividad del derecho?) y en cuanto a una ciencia que dé cuenta de tal objetividad. Las normas son relaciones ideales entre sujetos, no objetos fuera de esta lógica. Una normatividad que dé cuenta de sí misma es vacua explicativamente.

Si hablamos de una dogmática jurídica, cabe la pregunta de cuál es el nivel explicativo de la dogmática. Si el derecho no es concebido en su concreción como relación social y sí en su “saber” normativo, al parecer, convertiría a la dogmática en un saber de segundo orden, una metateoría. Pero cabe destacar, que el derecho en sí mismo, en su carácter normativo no es una teoría, pues no conlleva ningún tipo de explicación, predictividad ni se refiere a objeto alguno fuera de la mención prescriptiva. Entonces, la dogmática tiene esa vinculación reflexiva con su propia obra, lo que sí la convierte en un saber sobre la normativa, pero dentro de su propia racionalidad. En la dogmática como teoría y en la racionalidad jurídica es en donde descansa, fuertemente, la pretensión de cientificidad; pero, como hemos dicho ya, una ciencia no es un saber que se describe a sí mismo, ni el criterio de racionalidad sistémico es una condición suficiente de cientificidad, mucho menos si no se refiere de forma explicativa a ningún objeto en el mundo fuera de las prescripciones normativas, y funciona en la descripción de su propia convencionalidad.

1.4.2 Dogmática jurídica y técnica jurídica

La distinción entre un Derecho como ciencia y un derecho como técnica aplicada (Atienza, 2014), ya ha sido enunciada a lo largo de este trabajo. Si la racionalidad jurídica está íntimamente unida a la práctica y no puede deslindarse de ella (Vega, 2000a), es porque, a fin de cuentas, el derecho es una técnica social normativa que puede ser analizada por aquello que se ha denominado “ciencia del derecho”. La dogmática jurídica ha pasado a conocerse como tal “ciencia del derecho” (Vega, 2000a; Coing, 1982; Larenz, 1994; Nino, 2014; Atienza, 2014), en lo que existe un consenso generalizado, al menos en términos nominativos,

aunque no siempre se coincida con la concepción de dogmática.

1.5 Breve resumen y conclusiones

Este capítulo inicia con un recuento desde la Grecia clásica sobre las más importantes teorías acerca del derecho, sin ahondar demasiado, dadas las limitaciones de espacio. Allí, la cuestión más importante es la diferenciación entre *physis* y *nomos*, refiriéndose el primer término a la naturaleza, diferenciándose del saber normativo para la sociedad. Mientras el primero se entiende como un estudio del orden (*kosmos*) de lo natural, imperecedero y necesario; lo segundo se relaciona a lo convencional y contingente. Si bien, el comportamiento humano parte de su condición óntica, y por ello puede ser estudiada como *episteme* a través de la ontología; el derecho parte de ello, pero no es exactamente coincidente; al igual que parte de la moral, pero no es moral. Esta primera diferenciación es importante, puesto que ya con esta separación se podría enunciar que el conocimiento de lo jurídico no nace como *episteme*, sino como normatividad de lo social.

Por otro lado, se sitúa la discusión sobre la condición científica de lo jurídico entre los juristas alemanes del siglo XVIII, en el que se suceden varias escuelas. Esta preocupación por la cientificidad no es exclusiva de la disciplina en cuestión, pero se va configurando en un debate esencial: positivismo-naturalismo jurídicos. La búsqueda de distanciarse con la metafísica también alcanzó al derecho, y de allí se fueron construyendo diferentes teorías que forzaron el carácter epistémico del derecho, sobre todo en lo que concierne al positivismo, que va desde un intento de separarlo de la moral, la política y los contenidos metafísicos (Kelsen); pasando por críticas de la “volubilidad” y “perentoriedad” de los conceptos jurídicos (Kirchmann); hasta la búsqueda de una ciencia social fáctica (Ross, Pound). En los análisis críticos, se ha enfatizado la estrecha conexión entre política y derecho (Marx, Bobbio, Azevedo), negando la propuesta kelseniana; se ha abordado las confusiones de Kirchmann, embebido de un científicismo recalcitrante para analizar su saber; así como se han expuesto las confusiones de una propuesta como la sociología del derecho de Ross, quien confunde al derecho como saber normativo con una *ciencia* que estudie las instituciones que lo conciben y aplican socialmente. Ninguna de estas posturas justifica de manera alguna la pretensión de cientificidad del derecho.

En lo que respecta a la definición, tal como recalca Hart o Atienza, nos enfrentamos al problema de la indefinición del derecho. Si bien, la cuestión de realizar definiciones es compleja para casi cualquier saber, en el caso del derecho, la extensión misma de los intentos de decirnos de qué se trata esta disciplina, evidencia varios problemas epistemológicos. Como dicen Hart o Larenz, pocos otros saberes han dedicado tantas bibliotecas para dilucidar una disciplina. Una explicación podría ser la de Kuhn, para quien los saberes sociales, ciencias del comportamiento y demás, no han podido siquiera llegar a un consenso en sus conceptos básicos; o Bueno, para quien el sujeto y objeto son los mismos y no siempre se han diferenciado en sus ámbitos operatorios.

Pero, se recalca también que no se reconoce al derecho como una ciencia social, sino como una técnica social, una techno-praxis como sostienen Atienza o Vega. Esta técnica social es la concreción de una multiplicidad de saberes, entre ellos los propios saberes normativos del derecho. La normatividad técnica del derecho se centra en la prescripción. Se distingue la relación que existe entre el derecho y la *phronesis* más que de la *episteme*.

A diferencia de lo que pretende la dogmática jurídica, el derecho no puede ser concebido como una ciencia de estudio de su propia normatividad, teniendo apenas, en el mejor de los casos, un alcance descriptivo del propio sistema normativo y fundiéndose con cuestiones de orden filosófico, axiológico, deontológico.

Por último, recalco una especie de definición alcanzada sobre el derecho. A partir de varios elementos teóricos, aportados desde posiciones empiristas (Ross, Pound) o del materialismo marxista, del positivismo kelseniano, del idealismo kantiano o hegeliano, y otras teorías como la tomasina, se esbozan principios centrales para una definición: Entendemos al derecho como un conjunto normativo y sistemático de reglas que anteceden a las conductas que se prescriben en el cuerpo jurídico, pues tales reglas, al normar, siempre anteceden a las acciones que juzgan, aunque éstas puedan incidir en la propia normatividad. Su carácter es convencional, pues es producto concreto de sociedades dadas, y puede incidir en las conductas de los individuos, pero esto no es un carácter central del mismo



2 CUESTIONES SOCIALES EN LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO

En este capítulo se abordan ciertos temas que vinculan la epistemología jurídica con aspectos sociales y políticos. Como se ha dicho, en términos epistemológicos, uno de los mayores problemas que Gustavo Bueno (1995) advierte en las ciencias sociales, es la imposibilidad de una división tajante entre el sujeto cognoscente y el objeto externo (el “mundo entorno”).¹⁰⁴ Las ciencias sociales constituyen una forma de conciencia reflexiva, lo humano pensándose a sí mismo desde varias formas y ángulos. El problema al que se remite Bueno es que las ciencias sociales deben vérselas con el problema de la subjetividad y la forma de trascenderla.

Sin asumir que el derecho es una ciencia social, un análisis elemental del mismo como fenómeno social y como la expresión más compleja de la normatividad social (Bobbio, 1992), supone también incorporar y superar a la vez, los problemas epistémicos señalados por Bueno y sus vínculos políticos; aún más en una materia que lleva la impronta de instituciones políticas e históricas y las pugnas y conflictos asociados.

El derecho, junto con el lenguaje, quizá representan el caso más paradigmático de una institución atávica, en el que se reflejan las dinámicas de la política y conflictos sociales; el derecho constituye a la vez una expresión de relaciones de fuerza y poder, y un instrumento de aparente neutralidad formal en un mundo de desigualdades concretas. Todo estudio de la realidad social debe abordar, en algún momento, las normatividades implícitas en las relaciones sociales, supuesto el presupuesto de Bobbio (1992) de que todas las relaciones sociales, al trascender el ámbito privado, se inscriben en alguna forma de normatividad.

La perspectiva institucionalista (Chavance, 2012)¹⁰⁵ en las ciencias sociales, ya sea en política, sociología o economía, ha abordado la problemática de lo jurídico, como un nodo en el que convergen buena parte de las instituciones sociales más importantes, a su vez que se convierte en un factor de incidencia fundamental en la sociedad y en la conducta individual.

Las sociedades modernas buscan ordenarse en casi todos sus niveles por marcos jurídicos pertinentes y abarcativos. Si el derecho como sistema nace en el derecho privado (Ruiz Miguel, 2002), es en la relación de los individuos con el ámbito público (Bobbio, 1992) (más allá del Estado), en donde los mecanismos de la normatividad se accionan, pues la moral y lo

¹⁰⁴ En su gnoseología materialista, Bueno propone una relación entre tres elementos: sujeto – objeto y verdad, en la que todo el sistema de valores sociales se integra con objetividad para la comprensión del objeto, por lo que el principio de objetividad, aunque difícil de alcanzar, no se niega tajantemente, pues es la intención genuina de toda filosofía materialista.

¹⁰⁵ Por lo general, las corrientes institucionalistas traspasan las divisiones tradicionales de las ciencias sociales e integran varios de sus elementos específicos de estudio para hacer análisis multidisciplinarios, bajo el supuesto de que instituciones (como el derecho) son parte de toda la vida social.

jurídico lo son por insertarse en prácticas sociales que inciden de forma concreta en la conducta de los individuos. Así, las formas de normatividad, y sobre todo la jurídica, dan cuenta de las relaciones sociales y sus problemas en cada contexto histórico. De los clásicos problemas del derecho, como la disputa por los derechos civiles, políticos, etc.; su influjo y regulación se ha extendido a conflictos cada vez más específicos, como el reconocimiento de la diversidad de género, el aborto, la descriminalización y despenalización del consumo de drogas, etc. Asimismo, la apertura de la sociedad a nuevas corrientes culturales, el apareamiento de nuevas tecnologías, la regulación de buenas prácticas profesionales, la relevancia jurídica que se da a la opinión de expertos o peritos, las nuevas formas de crimen organizado o de delitos transnacionales, han ampliado el marco de aplicación del derecho y han vinculado cada vez más al conocimiento científico en la elaboración de nueva legislación.

Cuando Weber (1922/2014) definía, entre los elementos de la modernidad, a aquella racionalidad basada en un tipo de dominación racional-burocrática, con una enorme especificidad en la división del trabajo, tomaba al derecho como un eje central en la organización social moderna. Si la sociedad es organización de individuos concretos, el estudio de tales sociedades recae en entender las formas institucionalizadas de tal organización, aquella que trasciende a los individuos.

Sheldon Wolin (2012) nos dice que en el caso de existir una especie de ontología de la política, ésa sería el orden. Por lo general, el orden social se traduce en derecho, y en la forma que cobran las instituciones a partir de éste. La política y el derecho comparten tal “voluntad” de orden y por tanto son inseparables. Ningún derecho puede superar la política; la técnica jurídica es un sistema y un mecanismo de presupuestos políticos sobre la normatividad y el orden.

El economista austríaco Friederich Hayek reconocía, entre otras pocas instituciones, al derecho como base del surgimiento de las civilizaciones (Chavance, 2013). Apelando a Wolin, su estudio es parte del estudio político (en el sentido de orden), pero además es económico, sociológico, antropológico, etc. Esto se conecta con el presupuesto de identidad que Bobbio (1992) ve entre el derecho y la política, por lo que cualquier intento de autonomía, termina por mistificar relaciones de poder concreta, de reconstrucción espuria de una práctica que pretende quedar fuera de la historia, de la política, de las relaciones humanas. En el derecho confluyen todas las prácticas políticas posibles y es un producto específico de relaciones y conflictos políticos, aunque su práctica eficaz y *justa* incluya otros conocimientos.

Pero la aceptación de tal identidad entre derecho y política, siguiendo la postura de Bueno, no debe llevar a suponer la imposibilidad de un conocimiento que, incorporando los problemas de la subjetividad propias de la cognición humana, se “aproxime” a un grado mínimo de objetividad. El derecho es relación de fuerza y poder, pero tal explicación no es suficiente, pues éste debe también ser analizado como sistema dentro de su propia lógica, pero también en su relación con saberes “externos”.

El espíritu autorreflexivo del derecho, mostrado en la dogmática jurídica, por ejemplo, no nos da los elementos analíticos, dentro de la propia práctica jurídica, para entender sus propios postulados; es decir, que para entender el derecho, debemos hacer uso de herramientas, metodologías y prácticas propias de otras ciencias sociales, no porque el derecho sea una ciencia social, sino porque es una institución social y ése es el objeto de estas ciencias.

El objetivo de este apartado es repasar ciertos elementos imprescindibles para entender el derecho, toda vez que su estatuto epistemológico no puede desconectarse de su práctica concreta y de lo que otras ciencias nos pueden decir de él.

2.1 Un problema para la sociología y los estudios políticos

2.1.1 Fuerza de ley

Como se ha dicho, el derecho representa la institución social por excelencia, quizá tan solo equiparable al lenguaje en su extensión e importancia para la organización social. El derecho es consustancial a la organización, si entendemos a éste como un conjunto normativo. El derecho, como producto de la sociabilidad, pretende dar forma a la organización, prescribe, manda, proscribire, cohesiona, construye; en una palabra, el derecho es fuerza.

Derrida (2002) piensa que la visión del derecho como fuerza está presente incluso en el iusnaturalismo racionalista, que por tradición ha intentado construir normatividad a partir de prácticas morales extendidas, en busca de una moral y una justicia inherentes a nuestra propia racionalidad (Kant y Leibniz); y que no solo piensa que los ideales de justicia y convivencia son posibles, sino que el derecho se fundamenta en ellos.

Pero con este afán enfático de justicia, el derecho como moralidad (*mores*), solo puede realizarse en su aplicabilidad, en su práctica concreta y por ello, solo puede someterse por la fuerza. Ante ello, Derrida se pregunta, ¿cuál es la diferencia entre la fuerza de la ley y la violencia, que siempre es vista como injusta?

Siguiendo la exposición de Derrida, la respuesta viene de Leibniz: “Es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido”¹⁰⁶ (citado en Derrida, 2002: 26). Leibniz establece ya una distinción radical entre lo justo como deber ser y lo fuerte como necesario (ser), es decir, en el reino de lo naturalmente inmodificable. Así, el derecho aparece como superación de la fuerza natural y física a través de la razón. En cambio, en Kant (1785/2013), la verdadera autonomía humana solo es realizable en una voluntad que se siga de la ley. Precisamente, por restringir las inclinaciones humanas, la ley debe traducirse en heteronomía, pero que parte de la necesidad racional de libertad y justicia. Por ello, se reconoce que la acción moral debe ser necesariamente justa y buena,¹⁰⁷ pero se comprende también que la fuerza es necesaria. Deviene entonces la paradoja esencial de la visión racional del derecho: la verdadera afirmación de la voluntad individual es actuar conforme a la ley, solo así somos autónomos y libres; es decir que solo *sujetos* a la ley somos *libres*.¹⁰⁸

El derecho como extensión de las voluntades individuales en lo social, sigue un principio análogo a la función nominal normativa del lenguaje. El lenguaje abstrae a todos y cada uno de los particulares en una sola forma nominal que permite dar cuenta del mundo, ordenar categóricamente este caos para poder aprehenderlo. La normatividad jurídica también sustrae a los individuos particulares de su propia concreción y de la satisfacción de sus apetencias naturales para la construcción de un orden social. En ambos casos, lenguaje y derecho, hacen posible el orden del mundo.

¹⁰⁶ “Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est plus fort soit suivi”.

¹⁰⁷ Se entiende por bueno a lo que es dado racionalmente, entendiendo que la razón siempre es justa (*recta ratio*). Claro, el problema luego deviene en una tautología, pues lo racional es justo y bueno, y lo justo es bueno es racional.

¹⁰⁸ Esta visión es similar a aquella del buen salvaje, aquel que abandona un tipo de libertad natural, para ganar una libertad civil, llena de restricciones, pero que precisamente permite conseguir la libertad civil.

El lenguaje, desde la perspectiva de la reducción lingüística, constituye un acto de “forzar” el mundo (no por ello de forma gratuita). Esta sustracción de los particulares a lo general es un principio de normatividad. La norma jurídica constituye aquella fuerza que permite la generalización, bajo el principio dogmático que dice que no se legisla para los particulares (lo cual, además, sería imposible, y de ser posible, sería inútil, pues no permitiría la convivencia). En este sentido, el principio del nominalismo lingüístico es similar al que nos brinda la normatividad jurídica. Mientras el nominalismo ordena el caos del mundo de forma cognitiva, la normatividad jurídica hace otro tanto con la sociedad, crea la institucionalidad necesaria. Ambos devienen en una forma de orden que se sustrae de los propios individuos hacia lo general, hacia la normatividad.

En el caso del derecho, este principio de ejercicio de fuerza, aparece como algo distinto a la violencia, porque es la traducción de una condición necesaria para la convivencia – el abandono de su voluntad instintiva para acercarse a una voluntad racional y así hacer posible el orden. Sin embargo, las explicaciones de esta “insociable sociabilidad”, necesitan legitimar este principio de fuerza, fuera de la violencia como injusticia. Sin duda, la fuerza de la ley es violencia, el derecho violenta la asociación humana, la moldea y la modifica, pero la idea es que la fuerza o violencia no aparecen como tal, porque no son un producto de un arbitrio individual, sino porque son el resultado de la racionalidad humana intersubjetiva. De acuerdo a los racionalistas, tal intersubjetividad es la que posibilita trascender lo individual y crear normatividad en la razón.

Una pregunta pertinente sobre esta forma de fuerza sería: ¿puede ser de otra forma? Más allá de la legitimación metafísica, de la fundamentación mística (Derrida, 2002), el derecho es una expresión aparentemente necesaria de la propia sociedad. El derecho puede ser una forma específica de organización, una racionalización compleja de normas sociales, un sustrato efectivo para la consecución de ciertos fines. Halla también legitimidad en un principio de cooperación para una mejor consecución de resultados, en el sacrificio de compensaciones máximas por compensaciones menores pero más duraderas. Someterse a la fuerza garantiza la supervivencia y la estabilidad. Esta sería la premisa detrás de tal afirmación de necesidad. Así, el fundamento de la política termina siendo la ventaja relativa de cooperar y renunciar a otras ventajas individuales y evitar el castigo inherente al arbitrio individual no sometido.¹⁰⁹

Sin embargo, en el iusnaturalismo, las acciones que buscan compensación no se fundamentan de forma propiamente ética. Lo racional es hacer lo que se debe hacer sin necesidad de interferencia de la ley, pero como los humanos nos vemos, muchas veces, apremiados por nuestras pasiones, necesitamos de la ley. Así, la ley nos otorga otra forma de libertad, la libertad heterónoma. En el racionalismo kantiano (1785/2013), el actuar seguido por intereses (la ventaja de la cooperación, evitar el castigo), no es racional, la ley justa debe ser seguida porque es buena en sí misma. Pero incluso sabiendo lo que es bueno en sí mismo por racionalidad, debe existir la ley para garantizar las acciones correctas, porque a fin de cuentas, la elección es voluntaria, pero la voluntad debe ser forzada hacia el bien.

Lo curioso es que esta forma kantiana de entender el orden, aparentemente tan inverosímil en una sociedad como la actual, sigue construyendo los preceptos que están detrás de la lógica de la justificación jurídica. Un buen ejemplo lo constituye el concepto de “suspensión de la libertad en la visión de los Derechos Humanos”. La libertad se concibe como un fin en sí mismo, es un imperativo categórico que no se puede evadir, es inalienable e

¹⁰⁹ Al respecto, remitirse al apartado sobre derecho y convención.

irrenunciable, esencia de la condición humana. En el caso en el que alguien por fuerza de ley esté privado de la libertad en términos físicos (sea castigado con prisión por el cometimiento de algún delito susceptible de recibir esta pena), en términos doctrinarios esta persona no *pierde la libertad*, (aunque efectivamente no la tenga – al menos la de libre movilidad), sino que ésta *queda suspendida*, pero jamás se *pierde*. En sí, como es obvio, el resultado es uno solo, privación de la libre movilidad, pero la construcción teórica iusnaturalista de corte kantiano, detrás de la doctrina de los derechos humanos, justifica la fuerza sin que se pierda el imperativo categórico, sentido mismo de nuestra existencia.¹¹⁰

Esta especie de ontología, traducida en una necesidad de orden de los particulares es fuerza, es violencia. El derecho es expresión de ambas cosas, es una forma regulativa que al ser *positivizada*, tiene la potestad de ejercerse coercitivamente. Allí, el derecho se mueve en un doble ámbito: como fuerza reguladora y como expresión deseable. Las normas pueden haber surgido de forma espontánea (como cree Hayek, por ejemplo) y luego racionalizadas para el ordenamiento. En cualquier caso, el derecho no deja de ser un instrumento prescriptivo, cada vez más complejo, e incluso si es inherente a la sociedad, no deja de ser una técnica al servicio de la totalidad (o de intereses particulares), un ejercicio de violencia contra los individuos concretos.

Cualquier forma de comprensión del derecho que no parta de la vinculación de sujetos concretos a través de la abstracción normativa (análoga al lenguaje), contiene un germen de justificación o legitimación idealista. Pero aquí deviene un problema epistémico esencial. El derecho como instrumento mismo de dominio, no es el llamado a entender esta forma de fuerza y violencia, pues la proposición técnica no puede ser crítica, porque su legitimación y función está incluida en su propio ocultamiento. No es el derecho el llamado a develar su realidad, no solo porque su función es técnica – organizativa y no está llamado a “conocerse” fuera de tal función; sino porque tal función solo es posible en el ejercicio del poder y la violencia.

Derrida lo expone de la siguiente manera:¹¹¹

El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa (sic), es decir, implica siempre una fuerza interpretativa y un llamado a la creencia: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, como un instrumento dócil, servil y por tanto externo al poder dominante, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder y violencia. (Derrida, 2002: 32)

Entendería que la aseveración de Derrida da cuenta de que el derecho, como instrumento de dominación, no es una forma de fuerza externa, sino que el poder, la fuerza y la violencia le son consustanciales; por tanto, es imposible pensar el derecho sin coacción o violencia.

El sentido de esta violencia no solo está dado en la propia función normativa del derecho, en la necesidad de encasillar a los particulares en una construcción universal, en un aparente proyecto común, en el sacrificio de los individuos concretos por el todo abstracto (humanidad) o por el conjunto de relaciones complejas de tales individuos (sociedad).

¹¹⁰ Una pregunta obvia sería: ¿qué pasa cuando alguien está condenado a cadena perpetua, cuándo recupera su libertad suspendida?

¹¹¹ Para fines de este trabajo que busca abordar problemas de índole epistémica, quisiera expresar mi distancia con el “método deconstructivo” de Derrida.

Tampoco solo está dado en el uso de la fuerza física como último recurso de la razón del derecho, además, se *fuera* los contenidos epistémicos.

Cuando lo jurídico no se refiere únicamente al derecho aplicado y empieza a construir aquello que se denomina “ciencia del derecho”, a aquel conjunto de saberes que trata sobre la normatividad jurídica, tal ciencia se limita a su propio constructo – al conjunto de normas - y no a una referencia concreta en el mundo fuera de ellas. Al no referirse a nada existente en el mundo fuera de los propios códigos y leyes estipulados en una jurisprudencia – el derecho no es denotativo –, fuera de su propio producto, el derecho termina por ser fuente de su propia racionalidad y como tal la construye. Esta limitación a su propia producción (leyes, normas, actos de jurisprudencia, etc.), sin referirse a nada más allá de ello, crea valores propios, que terminan por justificar a través de una *epistemología*, la propia fuerza del derecho. Así, al crear normatividad, el derecho funciona como “creador de realidad”, y no como recreador de ninguna realidad (fuera de sus productos). El derecho norma, no refiere, es por ello que la validez lógica de sus enunciados normativos desplazan los criterios de verdad como adecuación con el mundo. De esta forma, cuando la “ciencia jurídica” se refiere a sus propios criterios, deviene en válida o verdadera por sí misma, termina por convertirse en un producto autosuficiente hasta casi ser naturalizado (un fetiche). Mientras la ciencia necesita de ciertos criterios de validación, falsación, adecuación, coherencia, etc., la ciencia del derecho es suficiente para justificar al mismo. Esto se muestra en su propia tautología autojustificativa: “la ley es la ley” – pues la ley no explica, norma. Pero, más allá del debate político sobre “desde dónde norma el derecho”, el problema es que en términos epistémicos el saber que trata sobre sí mismo quiere erigirse como criterio suficiente de cientificidad.¹¹²

Si el derecho como fundamento de la institucionalidad política tuviese un criterio de adecuación con la realidad que intenta normar, debería dejar de ser una generalización, pero eso implicaría dejar de ser legal en sentido jurídico – y dado su carácter prescriptivo, dejaría de ser nómico, lo cual terminaría por negarlo. El derecho no denota a los particulares o los elementos de la realidad, sino que norma conductas a través de generalizaciones.

En este punto, me gustaría retomar la cuestión de la política y el derecho. La política es, por excelencia, un proyecto. Siempre está anclada a un proceso de construcción, a la organización más allá de lo inmediato, planificar hacia el mañana. Pero al convertirse en derecho, este pensamiento hacia el mañana impone una mirada constante hacia el pasado, se anquilosa como institución que se manifiesta a través de su existencia escrita (incluso al derecho basado en el *common law*). Esta disyuntiva entre la institucionalidad tradicional y la expresión del proyecto político tiene que resolverse en la justificación, que en el derecho se convierte en el problema de la validez y legitimidad.

Los justificativos son muy curiosos, pues la explicación más simple sería que de otra manera, si el derecho se estuviese reconstruyendo perpetuamente, sería de difícil realización; pero no, los filósofos del derecho recurren a la racionalidad inmutable, a las ficciones

¹¹² El derecho no puede explicarse a sí mismo, no solo por su constitución como tecno-praxis normativa, sino porque hacerlo significaría su propio aniquilamiento. Además, porque al no explicar nada más que sus propios productos, al no referirse a nada en el mundo en sentido explicativo, el derecho pensado desde su propia racionalidad no nos podría decir nada sobre este mundo. Un constructo epistémico como el derecho, me recuerda a la crítica que Descartes hacía del silogismo aristotélico, en el sentido en el que nada nuevo puede surgir de él, porque todo está ya contenido en las premisas. Una posición similar a la de Descartes es la de Mill, que ve al silogismo como una falacia de petición de principios (De Donato, 2013).

jurídicas, al contrato social, a la norma básica, a la regla de reconocimiento, a la lógica, y, también a la justificación de su carácter científico como fundamentación meta-histórica.

2.2 Un problema de la sociología del derecho

En este punto, se abordan cuestiones relevantes con respecto a la comprensión del derecho desde la sociología, sobre su carácter normativo y su función social regulativa y de coerción. Desde su función social, como cuerpo normativo y como disciplina de estudio, podemos dividir al conocimiento jurídico en tres áreas básicas:

1. Como conjunto normativo que determina o prescribe lo que se puede o no hacer en el ámbito social. Nos referimos a todo aquel instrumental normativo - prescriptivo y a las formas jurisprudenciales aplicadas que sirven para resolver los casos particulares (derecho positivo, casuística, etc.).
2. Como conjunto sistemático de principios, interpretaciones, exégesis u otros elementos teóricos al servicio del estudio del derecho: dogmática jurídica, jurisprudencia, lógica deóntica, etc. Todos estos elementos forman parte de un tipo particular de filosofía del derecho que implican una posición deóntica determinada. Toda teoría del derecho contiene, de forma explícita o implícita este tipo de posiciones.
3. Las prácticas concretas observables en los administradores de justicia, abogados, jueces, fiscales, etc. Estas prácticas parten de la lógica general del sistema pero no se ciñen necesariamente al mismo.¹¹³ Si bien, el derecho como conjunto de normas y la dogmática como estudio de tales normas pueden prescribir de cierta manera, los actores concretos pueden sustraerse de forma más o menos frecuente de tal normatividad.

La postura de un análisis más “objetivo” del derecho es que si el derecho se enmarca solo en su parte normativa y teórica, no puede analizar o describir las acciones concretas de los juristas. Su constitución deóntica, su ámbito del deber ser se agota en la prescripción y las motivaciones morales para las mismas, pero no en el estudio del comportamiento de los agentes.

Cuando Alf Ross (1994) se decanta por una ciencia del derecho que supere su carácter puramente normativo, y se remita al estudio de acciones concretas en un ámbito específico, está superando el campo mismo del derecho (normatividad – prescripción, deontología).¹¹⁴ La propuesta de Ross, similar a la de Ehrlich¹¹⁵ y otros pioneros de la sociología del derecho (Larenz, 1994) es estudiar las relaciones concretas, pues, simplificando la cuestión, una cosa es prescribir y otra obedecer.

Más allá de la aseveración de Ross, la importancia de la sociología del derecho es un intento de vincular estos tres elementos para crear un método analítico que explique exhaustivamente el derecho como un subsistema social. Un concepto simple de esta disciplina sería: “La sociología del derecho es una rama de la sociología que trata de describir, explicar

¹¹³ Esta división es opuesta a la propuesta de Luhmann de ver al derecho como un sistema único.

¹¹⁴ La sociología del derecho o la sociología de la religión no usan métodos jurídicos o religiosos para su análisis, éste es apenas su objeto no su carácter sustantivo.

¹¹⁵ Eugen Ehrlich (1862-1922) fue un jurista y filósofo del derecho austro-húngaro. La posición de Ehrlich, contraria a la de Stammler (y por extensión, habría sido opuesta al positivismo de Kelsen), buscaba superar el análisis del derecho como un sistema y, comprenderlo, más bien, en el contexto socio-histórico en el que se ubicaba, siendo así precursor de la sociología del derecho. Su obra principal fue *Principios fundamentales de la sociología del derecho*, publicada en 1913.

y predecir los modos en que las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas” (Fucito, 1999: 26).

La sociología del derecho, como disciplina, vincula el conocimiento de las teorías sociológicas de la acción social (ya sean funcionalistas, sistémicas, etc.) y al conjunto de normas como el marco de acción. Dado que la sociología siempre ha tenido un rol de análisis institucional, la sociología del derecho más que una sub-disciplina, es la aplicación de diferentes teorías o métodos de análisis sociológicos a unas prácticas concretas en el derecho. Con el uso de otras herramientas analíticas como la teoría de juegos o el análisis de la conducta de los agentes, el derecho se acerca a la ciencia política, a la psicología cognitiva o a la psicología social.

Sin embargo, en el caso de la sociología del derecho, me parece que hay varias imprecisiones acerca de la tratativa. Si bien, existen varios autores que han intentado dar una teoría unificada de lo jurídico como aspecto social (Ehrlich, Ross, Bourdieu, Luhmann, Soler, la escuela marxista crítica, etc.) la sociología del derecho, más que una sub-disciplina, es una sociología con un objeto específico de estudio.

Una vertiente de la sociología del derecho, como la de Soler o Cossio (citados en Fucito, 1999), considera a lo normativo desde una perspectiva sociológica que analiza un modelo cognitivo para la conducta social. En su análisis se integra el estudio de las costumbres, la moral y otras formas más amplias de normatividad, por lo que el derecho termina por ser un subsistema de lo normativo (Fucito, 1999). En general, estamos de acuerdo con ello, pues la incidencia de las costumbres en el derecho es decisiva, pero el derecho termina siendo infinitamente menos y bastante más que esta forma de entender lo normativo.

La especialización del derecho positivo, el surgimiento de regulaciones de relaciones civiles y contractuales, de prácticas profesionales, de derecho público, internacional, penal, etc., hacen del conjunto jurídico una práctica que parte de cierto “sentido común”, impuesto por las costumbres – el conocimiento vulgar de las bases del derecho (Kant, 1775-2013) – pero que está tan especializado que apenas conserva los rezagos generales de tal sentido común y supera la normatividad de la moral, aunque viene de ella.

El derecho se fundamenta y se desarrolla desde la moral judeo-cristiana, los preceptos del liberalismo político, de la libertad moderna, etc., pero no se constriñe a ello. Así, se debe reconocer la propia autonomía del derecho y también dudar de que tal complejidad y especialización hagan del mismo un modelo de análisis para la toma de decisiones de los diferentes actores sociales.

Si se plantea al derecho como modelo cognitivo a un atajo para la toma deliberada de decisiones, que permite simplificar el conjunto de nociones que tenemos de la realidad, nos enfrentamos también a un problema. El derecho no puede ser un “atajo”, pues su aplicación es única y exhaustiva. Un principio mínimo de “justicia” impone que los casos dejen de estar asociados a prejuicios previos, a asociaciones cognitivas y se analicen de forma particular y única, por lo que el derecho no constituye atajo en su aplicación, pues ello iría en contra de sus propias pretensiones de prescripción general con una aplicación específica. Tampoco puede sostenerse la aseveración de que funciona como modelo cognitivo de los participantes en el orden social para la toma de decisiones. Resulta difícil que un agente social tenga toda la información de las normas jurídicas positivas para facilitar la acción y ello iría en contra de

los hallazgos de la toma de decisiones de la sociología, psicología o la propia aplicación de la teoría de juegos.¹¹⁶

Otro de los elementos importantes en el análisis de la sociología del derecho es la llamada “teoría del control social”, que está asociada a la crítica marxista del derecho, vista como instrumento de dominación. Marx (1846/1975) sostiene que el derecho, al igual que el Estado, es el producto complejo de una evolución de la apropiación de excedentes y de la propiedad privada. Para él, no es una coincidencia que el derecho romano sea la expresión del derecho continental, pues continúa su legado de apropiación y exclusión.¹¹⁷ El derecho es un instrumento de legitimación y dominio. Desde la perspectiva marxista, la teoría del control social (Taylor et. al, 1977; 1981 – Cit. en Fucito, 1999) apela al carácter instrumental del mismo en las relaciones de clase.¹¹⁸

En última instancia, se debe recalcar la necesidad de superar la visión del derecho como mera ideología de control¹¹⁹, y entenderlo, más bien, como un complejo instrumento de orden y normatividad y que en su desarrollo va cobrando autonomía con respecto a sus propios orígenes (la moral y costumbres sociales, por ejemplo).

Volviendo a la exposición de Derrida, el derecho es parte del orden fundamental que sostiene la sociedad, su vinculación con la política es inquebrantable, estructura y fundamenta el ordenamiento social, que una vez instituido, ejerce una violencia legítima – aquella política y producto del ordenamiento – que se diferencia en términos deónticos de la fuerza sin más. Pero, para la sociología del derecho, las justificaciones deónticas pueden ser tomadas como meros ejes discursivos, dado que la violencia legítima o la fuerza sin más, producen los mismos resultados independientemente de su justificación.

No se puede dudar de que el derecho, ya sea en su carácter normativo, posibilidad de aplicación o como práctica de profesionales influidos por el poder y el *lobby* político, no está exento de intereses, su negación sería desvincular el carácter institucional del propio orden político. Sin duda, el derecho es fuerza, política y poder; traduce relaciones concretas en normas efectivas, que parecen desvincularse de sus orígenes, aunque estos se pueden ir modificando con el tiempo y tener diferente grado de aplicación con respecto a cada régimen político.

Dentro del análisis sociológico, el derecho es expresión de poder, pero no se desconoce su “autonomía relativa”, su lógica propia que influye y es influida por lo social. Evans (1980) señala los siguientes factores que favorecen el proceso de influencia del derecho en la sociedad, es decir, a su propia institucionalidad y a su dinámica de transformación, para que se separe tal institucionalidad del influjo de individuos con poder:

1. Que la ley está dotada de autoridad y prestigio.

¹¹⁶ También se podría resaltar las críticas que se hacen a las teorías penalistas del derecho, en el cual el aumento de penas presupone una disminución en el cometimiento de casos por disuasión. Al parecer, esto no funciona. Resultaría difícil pensar que los agentes sociales conocen el derecho y la penalidad antes de acometer un acto lesivo; por ello mismo, el derecho se piensa como posible fuente de coacción con independencia de su conocimiento, de otra forma no podría funcionar.

¹¹⁷ Sobre esto, Larenz (1994) sostiene que no es casual que el fundamento del derecho moderno del liberalismo político se fundamente en el derecho romano, pues esta sociedad ya tenía un complejo sistema mercantil.

¹¹⁸ Los objetores de esta teoría argumentan no conocer en toda la historia de la humanidad una sociedad sin cierto tipo de método de control, por lo que no puede haber descripciones certeras de su funcionamiento (Fucito, 1999).

¹¹⁹ Una muestra de esta postura es la del psicoanalista Estanislao Zuleta (2007), quien veía al derecho como mera ideología cuando trata de la criminalidad.

2. Que las nuevas normas sean compatibles y coherentes con los principios culturales y jurídicos establecidos.
3. Que puedan especificarse o clarificar los fundamentos que tiene la reforma para la comunidad.¹²⁰
4. Que se utilice racionalmente el factor tiempo, evitando una dilación excesiva en la decisión y en la transición.
5. Que los organismos ejecutivos se comprometan en la conducta precedida por el precepto y en los valores implícitos en él. Dado que el derecho aparece como aplicable solo para quienes no “pueden pagar por justicia”.¹²¹
6. Que existan sanciones positivas, además de las negativas¹²².
7. Debe existir una protección efectiva para los derechos de los quienes pueden ser perjudicados como consecuencia de la violación de una norma, tales perjudicados deben ser incentivados a usar los mecanismos que la norma prevé para su propia defensa,

A lo señalado por Evans, Fucito (1999) agrega otros:

8. Debe existir una protección efectiva para los derechos de los que consideren que la nueva legislación los perjudica o que su cumplimiento los lesiona. Bajo este criterio “carecen de acceso a la justicia quien (sic) debe pagar primero un impuesto inicuo para luego intentar una tortuosa vía de repetición contra el Estado...” (Fucito, 1999: 46).
9. Que aquellos que dominan socialmente acepten el resultado adverso de los procesos judiciales que los involucran. Se trata de que quienes tienen poder no fueren mañosamente las decisiones desfavorables y no traten de influir o de presionar sobre los jueces (Fucito, 1996: 46).

Todo lo anteriormente señalado está relacionado con el rol de la propia legitimidad del derecho, explicado como instrumento ideológico social efectivo, que tiene la posibilidad de brindar cohesión al sistema social. El plan analítico propuesto por Evans está indiscutiblemente unido a esta necesidad. Ahora bien, a todo ello, habría que añadir el factor de la fuerza, que aparece como implícito pero solamente en un sentido de legitimidad. La cuestión de la fuerza, ya explicada como inmanente en el apartado anterior, no puede ser obviada si se toma en cuenta que no solo toda institucionalidad constituye una forma de poder, sino que en la institucionalidad del derecho, esto es aún más patente.

El papel de la sociología del derecho – o de una ciencia social que dé cuenta del derecho como objeto de estudio – debe inscribirse en un plano descriptivo-explicativo.¹²³ El derecho por sí solo, como teoría (ya sea la dogmática jurídica, filosofía del derecho, estudios de

¹²⁰ Sin embargo la pregunta que cabe aquí es si ¿existe, en los operadores de justicia, el interés de clarificación? Ya que “por tradición a los juristas y políticos les ha bastado clarificarse a sí mismos” y no al resto.

¹²¹ En Ecuador hay una frase característica al respecto: “la ley es solo para el de poncho”, es decir que se aplica y sanciona (ya aparece como inevitablemente coactiva) solamente a los pobres. El poncho, vestimenta tradicional del pueblo indígena de varias regiones de los Andes, es símbolo de tradición, raza y pobreza. El derecho, producto original del Estado liberal implantado por las revoluciones criollas, es visto como una continuación del dominio colonial al que los pobres (obviamente no todos los pobres son indígenas, pero los indígenas, generalmente son pobres, pues son herederos del sistema de exclusión social de castas establecidos desde tiempos coloniales) se ven sometidos. El derecho se inclina hacia un grupo privilegiado, ya sea como normatividad o como aplicación. En esta misma lógica, el caso de la comunidad de La Cocha, expuesto en la introducción de este trabajo, replica todos los males de esta forma de concepción de lo jurídico.

¹²² El cambio se produce no solo por medio de castigos, sino por compensaciones positivas para favorecerlo.

¹²³ Nos atenemos a no involucrar la predicción dentro de la explicación, tal como exige Hempel (1996) para las ciencias, pues es un tema de debate álgido de cuán aplicable es la simetría explicación-predicción a las ciencias sociales.

jurisprudencia, etc.), no puede contener por sí mismo un elemento descriptivo-explicativo; para ser entendido en su plano social se debe trascender la normatividad, debe ser “visto desde fuera”, el derecho que se piensa a sí mismo solo en el campo normativo, no tiene un verdadero carácter explicativo-descriptivo.

2.2.1 Los juristas como comunidad de científicos

La propuesta de Bernasconi (2007), concordando con el papel que juegan los juristas en la teoría de Kelsen, es que los juristas pueden funcionar como un cuerpo colegiado similar a un grupo o comunidad de científicos; es decir que crean los factores metodológicos y analíticos para evaluar la producción de sus colegas. Esta afirmación se piensa desde dos perspectivas. En un sentido más práctico e inmediato, en el sistema de revisión por pares y de la apertura de la ciencia a la discusión, por la cual, una propuesta puede ser revisada, en un primer momento, para su publicación; y constantemente por los interesados. La segunda hace alusión al concepto de comunidad científica que trabaja sobre un paradigma determinado, al estilo de Thomas S. Kuhn (1970) o Imre Lakatos (1979).

Bernasconi cree que “una proposición de dogmática es verificable cuando puede ser confirmada o refutada” (2007: 14). Como se puede ver, utiliza de forma general el principio de verificación de Carnap (en Popper, no se puede confirmar nada, tan solo refutar). Para Bernasconi, la científicidad de la dogmática debe trascender cualquier tipo de derecho positivo nacional (por lo cual tendría una especie de carácter universal, similar al de cualquier ley natural), y debe estar expuesta a una comunidad internacional de expertos y no ceñirse a debates dentro de un solo país.

Cabe recordar la afirmación de Einstein, quien decía que para refutar sus teorías no se necesitaban cien expertos, que con uno bastaría, pues la verdad no radicaba en el tamaño de la convención, pues el criterio de verdad científica pretende no ser un acuerdo de mayorías. El objeto de este trabajo no es tratar la naturaleza de la comunidad de científicos, pero solo diremos que la convención que constituye el “paradigma” del grupo, obedece a factores empíricos y de adecuación, que pasan a convertirse, provisionalmente, en la mejor explicación más allá de cualquier duda razonable.

La cuestión es que los individuos, pertenecientes a la comunidad trabajan con lo que Kuhn llama “matriz disciplinaria”, entendida como un conjunto de conocimientos comunes que unifican los criterios de la comunidad, con un lenguaje formal y técnico común, y que en conjunto constituyen el paradigma. Un paradigma está constituido por este conjunto de prácticas que se muestran más efectivas que sus competidoras: “Paradigms gain their status because they are more successful than their competitors in solving a few problems that the group of practitioners has come to recognize as acute” (Kuhn, 1971: 23). Estas prácticas comunes funcionan como una base que no se pone en discusión en lo que Kuhn llama “normal science”, lo contrario supone la revolución y el cambio de paradigma, pues pone en juego la matriz disciplinar.

Si bien el uso del término paradigma en la obra seminal de Kuhn es variada y no reducible, para el caso de paradigma como comunidad de científicos, usaremos la definición general de este autor dada en el *Postscript* a su famoso texto: “A paradigm is what the members of a scientific community share, and, conversely, a scientific community consists of men who share a paradigm” (Kuhn, 1971: 176). Kuhn tiene el resguardo de enunciar la propia circularidad de su definición, pero no la ve como una circularidad viciosa ni vacía. La

cuestión es la conjunción de ambos términos, paradigma y comunidad científica, en relación a una matriz disciplinar que se instituye como fundamento epistemológico y práctica concreta, es decir, desde la perspectiva epistémica y social. La matriz tiene vigencia no de forma arbitraria, y sí por su éxito explicativo-predictivo y por la posibilidad de dar respuesta a los problemas emergentes; así, la comunidad científica no repasa dentro del paradigma de la “ciencia normal” los fundamentos de la matriz disciplinar, sino que trabaja sobre ellos, reproduciendo el paradigma y constituyéndolo como práctica concreta.

El conjunto de juristas o filósofos dogmáticos, al igual que una comunidad de científicos, pueden trabajar en base a una matriz disciplinaria. La naturaleza de cada matriz es diferente, por supuesto; para el caso de los juristas, quedará en el conjunto de documentos que tratan o los análisis o digresiones hechas sobre las normas, leyes, etc. Todo ello se relaciona con el conocimiento de la dogmática como cuerpo sistematizado o teórico de las normas, con el conocimiento de un “lenguaje natural tecnificado” (Atienza, 2001: 56), las leyes, la jurisprudencia sentada por “casos difíciles” (*hard cases*)¹²⁴. Siguiendo a Kuhn, la idea de Bernasconi sería que es en esta matriz disciplinaria donde la comunidad de expertos trabajaría bajo la misma óptica que una comunidad científica.

Ahora bien, mis objeciones serían las siguientes:

1. La comunidad jurídica trabajaría sobre acepciones puramente convencionales, es decir, que no necesitan de ningún criterio de adecuación, pues no se refieren a “hechos” en el mundo y por tanto no serían explicativas. Sin un método que “tercie” para la evaluación entre lo dicho y el objeto sobre el “que se dice”, ¿cómo podríamos escoger qué entra en la convención y qué no? La respuesta podría ser que las normas se escogen por su utilidad práctica, no por su realidad explicativa y entran en la convención por ello. Cada norma (entendida como convención) también pertenece a la convención, porque además guarda coherencia con todo el sistema normativo. Ahora bien, la inclusión por un sentido de coherencia es endogámico, pues es el sistema lo que valida las normas, pero no existe ninguna función explicativa sobre la convención. La comunidad de juristas no trabajan con principios explicativos como lo haría una comunidad de científicos.

La propuesta de Bernasconi desconoce la obviedad de que los sistemas jurídicos son nacionales y tienen carácter individual y, a lo sumo, una propuesta de la índole “internacional” que él avala, como principio doctrinario general de un conjunto de derechos positivos nacionales, por ejemplo, quedaría apenas en el campo del derecho comparado. Las leyes jurídicas son convenciones con un límite de aceptación territorial; las leyes científicas, al tratar de fenómenos, casi siempre independientes a la voluntad humana, no están limitados por los mismos principios. En la idea de Bernasconi, subyace una necesidad de “universalización” de la ciencia jurídica, bajo un efecto de la filosofía positiva, que ve a lo universal como necesario y base de todo conocimiento.

La comparación de Bernasconi de las comunidades de científicos con la de juristas es, a toda luz, una comparación que apenas queda en los grupos de expertos que comparten una matriz disciplinaria desde la cual pensar las propuestas de sus pares.

Bernasconi confunde “mayoría” convencional con universalidad nómica. Nuevamente recurre a Einstein, en el caso de la ciencia, el “acuerdo general” de la comunidad de

¹²⁴ Dworkin comprende a los “hard cases” como aquellos casos paradigmáticos que permiten sentar precedentes y, por ello, jurisprudencia (Rojas Amendi, 2006).

expertos no es condición suficiente de científicidad – de otra forma, y en el mismo sentido de Kuhn, el desarrollo científico no sería posible -. Bernasconi propone someter los análisis a más y más juristas, como si una mayor internacionalidad implicaría universalidad. La “universalidad” en la ciencia (sobre esto se profundizará en lo posterior) no se refiere únicamente a la aceptación mayoritaria (digamos universal) de las teorías, sino al carácter nómico de las mismas, es decir que puedan ser extensibles más allá de los casos estudiados a otros similares.

2. Si entendemos a los cuerpos colegiados de juristas, en el sentido de la TDP de Kelsen, como comunidades productoras de “conocimiento”, bajo convenciones específicas, esta forma de “creación” teórico-normativa, sería similar a la concepción de Lakatos sobre los programas de investigación. La consideración de Lakatos da cuenta del alto grado de convencionalidad y causas de fe que se ejercen en la racionalidad y el método científico. Él describe así los términos generales de lo que se considera científico: “Un enunciado constituye conocimiento si cree en él, con suficiente convicción, un número elevado de personas” (Lakatos, 1979: 26). Para Lakatos, las hipótesis científicas trabajan en programas de investigación más generales, sobre los cuales los acuerdos dados no pueden estar sometidos constantemente a prueba, por lo que funcionan como elementos de una convención general, desde las cuales, las nuevas hipótesis se van probando. Evidentemente, hay un grado de acuerdo político en los programas de investigación, pero la cuestión central es que asumir que estos acuerdos políticos son similares para el derecho y la ciencia, sería asumir que todos los conocimientos al ser convencionalmente aceptados, aunque sea bajo diferentes métodos o principios, son por ello equiparables. Mientras el núcleo duro de los programas de investigación parten de acuerdos dados por hipótesis provisionalmente aceptadas, describen y predicen fenómenos de carácter, en el caso del derecho, hablamos de discusiones de carácter deontológico.
3. Otra visión de gran interés es la de Jesús Zamora (2008), al comprender a la ciencia como un mercado de ideas en el sentido en el que hay un conjunto de relaciones sociales en donde se produce un intercambio no homogéneo de ideas.¹²⁵ La idea de es que en esta comunidad científica, tal matriz disciplinaria es más un producto de disputa que de equilibrio (en sentido de mercado). Lo importante para entender las relaciones científicas es saber por qué ciertas prácticas han tenido éxito y otras han sido relegadas, cómo unas y otras están más o menos avaladas por un método científico de común acuerdo. Sobre el método y los criterios de verificabilidad o falsabilidad se establecen estándares cuyo cumplimiento permite crear lineamientos a satisfacer, mientras los individuos cumplan de mejor manera los estándares y creen teorías que expliquen de mejor manera la realidad – es decir que la propia lógica científica permite esto – habrá mayores compensaciones en el mercado o en la comunidad científica como relación social. Para Zamora Bonilla, los elementos básicos son la confirmación y la innovación, una hipótesis óptima unificará al máximo los dos criterios. El sistema premia la innovación, pero esta no tiene validez alguna si no puede ser confirmada. La misma lógica científica premia la adecuación con la realidad de las hipótesis y teorías. Esta lógica es la de lo “factible o mínimamente razonable” lo que determinará su valía, pues es obvio, que bajo la racionalidad científica “no todas las teorías tienen el mismo valor” (Zamora Bonilla, 2008: 76 - 77). De este modo, el sentido de mercado es el de

¹²⁵ El autor aclara enfáticamente que no se refiere a mercado en un sentido de compra-venta.

este intercambio libre de ideas, cuyo valor está determinado por su grado de innovación (reproducir teorías no tiene el mismo valor que producirlas), pero lo nuevo debe obedecer a los criterios de racionalidad (digamos, los presupuestos mínimos del intercambio).

De nuevo para simplificar, asumiré que cada interpretación o hipótesis (que llamaré *H*) se caracteriza por dos cualidades: lo “innovadora” que sería –caso de ser aceptada– y lo “bien confirmada” que esté. Lo primero, a su vez, lo podemos representar como una medida de lo *improbable* que resulte a *priori* ese hecho (es decir, teniendo en cuenta el conocimiento previamente aceptado). Lo segundo consiste en la fuerza con la que los resultados experimentales obtenidos por el autor apoyan la aceptabilidad de esa interpretación en particular. Designaré a lo primero con la variable *I* (innovación) y a lo segundo con la *C* (confirmación). (Zamora Bonilla, 2009: 77)

¿Cómo se comportaría la comunidad de juristas? En primera instancia, por supuesto que constituiría una relación social, pero el sistema de premios no se basa en los mismos dos elementos que pondera Zamora Bonilla.

En primer lugar, en la medida en la que la validez de las teorías jurídicas se siguen lógicamente de principios ya establecidos, sean deónticos o positivos, no hay gran espacio para la innovación, pues el sentido de legitimidad está inscrito en la coherencia y en la institucionalidad dada, desde las cuales se derivan necesariamente los postulados. En este punto, quizá quepa la crítica de que nos estamos refiriendo a una posible *petitio principii*.

Aunque se debe aceptar que siempre se pueden proponer interpretaciones alternativas a una teoría jurídica (como parte de estudios jurídicos como la dogmática) o nuevas soluciones prácticas a un problema jurídico (la praxis normativa), no se trata de la misma lógica de la ciencia a la que se refiere Zamora Bonilla, puesto que no se cumple el segundo criterio, el de confirmación. En el caso de la praxis normativa, sí existen posibilidades de confirmar si una propuesta es una mejor alternativa que otra, pero no se trata de una teoría, sino de una técnica específica y práctica – no es científica, es práctica; no es *episteme*, es *praxis* y por ello parte de la razón práctica.

Me parece importante subrayar que no existe ningún medio de confirmación, pues las proposiciones en derecho son prescriptivas y no se refieren a hechos en el mundo. No hay tampoco medios de confirmación; sencillamente, la lógica es distinta, aunque haya una relación social detrás, como cuerpo colegiado, como grupo de expertos funcionando a través de una misma matriz disciplinaria, tal comportamiento convencional (expertos trabajando bajo una matriz disciplinaria), tal condición no es suficiente para hablar de “comunidad científica”, precisamente porque el derecho y la ciencia o las ciencias tienen otro tipo de matrices disciplinarias.

2.3 La legitimidad del derecho

En este punto quiero vincular dos cosas. La ciencia tal como la conocemos es producto de una serie de transformaciones sociales que pueden ser ubicados de forma concreta en un lugar y un contexto histórico específicos; si bien se puede rastrear influencias originarias en la Grecia clásica, en sentido estricto, la ciencia es un fenómeno moderno (Kuhn, 1971; Bueno, 1995; Lonchamp, 1992; Mayr, 2006; Niinluoto, 2015). Esta aseveración está bastante

extendida entre historiadores de las ideas, filósofos y filósofos de la ciencia, sociólogos de la ciencia; ya sea entre realistas, constructivistas, etc.

El aparecimiento de lo que podríamos denominar un “pensamiento científico”, una nueva actitud frente al mundo, inaugurado por la revolución de Bacon, la experimentación de Galileo, la filosofía de Descartes, los instrumentos matemáticos aportados por Leibniz y Newton, la mecánica clásica del último, etc., coinciden con transformaciones sociales muy importantes que desembocarán en el aparecimiento del Estado nación como fundamento institucional de la nueva cohesión social.

De a poco, la separación de la filosofía natural de la filosofía metafísica, determinará un importante inicio para el surgimiento de la ciencia moderna, y, en lo posterior, de las diferentes ciencias especiales. La legitimidad del derecho toma de ambas fuentes; pues es precisamente con la separación de la filosofía en natural y metafísica, que las validaciones contractualistas del derecho empiezan a perder pie y diversificarse. Si en un primer momento, el contractualismo tenía una función suficiente para legitimar al derecho, en lo posterior, el descrédito de la metafísica tradicional (a la que Kant le asesta un golpe mortal con la *Crítica de la razón pura*) no puede ser fundamento único del derecho.

2.3.1 Ficción jurídica y ciencia como legitimidad

Con el surgimiento del Estado de derecho en la Edad Moderna, se establece una relación irrompible entre derecho moderno y Estado. El vínculo entre ambos se sostiene en la ficción del contrato social como fundamento de su existencia.

Los diferentes autores contractualistas buscaban racionalizar los procesos sociales relacionando diversos elementos en una unidad: nación, territorio, Estado, derecho. La expresión concreta de tales elementos estaba en un contrato expresado en constituciones políticas; de esta manera, el derecho constitucional constituye un pilar fundamental del orden social y político. La legitimidad de tales constituciones, que a su vez sostenían al Estado y le daban el monopolio privativo de la fuerza, por autoridad de la ley, es una cuestión imprescindible dentro de la teoría política y la teoría del derecho en la Modernidad.

Siguiendo la tradición naturalista, Hobbes (1651/2002) había atribuido una relación entre las leyes sociales y leyes de la naturaleza. Una constitución permite elevar a reglas sociales las reglas de la naturaleza. El temor, el miedo y el deseo de supervivencia son condiciones naturales de los hombres (humanos), por ende son leyes naturales, de las cuales se desprenden leyes sociales que garantizan que todos los individuos puedan superar el temor y sobrevivir, al reconocer que solo un órgano (otro cuerpo, sucedido de cuerpos naturales), el Estado, pueda ejercer el monopolio de la fuerza. La legitimidad radica en ello. Dado que el temor mueve al mundo, no se lo puede extinguir, pero sí entregar nuestra capacidad de “dañarnos” a un solo ente que garantice la convivencia. El influjo que Bacon ejerció sobre Hobbes se muestra en esta concepción del mundo, en la que el orden social guarda una inexorable relación con el natural, es decir, es un producto del rigor científico. Hobbes escribe:

La causa final, fin o designio de los hombres... es el cuidado de su propia conservación y, por ende, de una vida más armónica” y agrega: “Las leyes de la naturaleza (tales como la *justicia, equidad, modestia, piedad* y, en suma la *de haz a otros lo que quieras que otros hagan para ti*) son, por sí mismas, cuando no existe el temor a un determinado poder que motive su observancia, contraria a nuestras pasiones naturales, las cuales nos inducen a la

parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes. Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras. (Hobbes, 1651/2012: 144)

El Estado constituye tal espada y es el que expide las leyes civiles que son “aquellas a los que los hombres están obligados a obedecer porque son miembros... de un Estado” (Hobbes, 1651/2012: 226). Aquel deseo de conservación y de justicia se traduce en el contrato social que crea un Estado y termina con el *bellum omnium contra omnes*. Tal necesidad natural desemboca en un Estado, así, la naturaleza legitima la existencia de un Estado y de sus consecuentes leyes, a las cuales estamos obligados a obedecer. En este caso, Hobbes no toma al contrato social como una ficción, sino que es una derivación necesaria para la sociabilidad.

En una línea similar, Montesquieu sostiene que las leyes naturales anteceden a todas las demás. Las leyes particulares de la sociedad se derivan de leyes generales de la naturaleza. “He estudiado primeramente a los hombres, y he creído que, en su gran diversidad de leyes y costumbres, no se han guiado únicamente por sus antojos” (Montesquieu, 1748/1906: 5) pues “Las leyes... son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas; y, en este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad; las tiene el mundo material; las tienen las inteligencias superiores al hombre; las tienen los brutos; las tiene el hombre” (p. 11).

Para el autor francés, las leyes humanas son relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. Pero la naturaleza es una materia no dotada de inteligencia, esta materia obedece a una inteligencia superior, por lo que sería un absurdo afirmar que una “fatalidad ciega” guía al mundo. El estado de naturaleza también parte del temor, pero éste, más que crear relaciones sociales en las que un individuo busca poder y dominio sobre otros, inmoviliza (Montesquieu nos dice, que basta con ver el temor con el que los salvajes de la selva reciben a los extraños colonizadores). Con esta aseveración, Montesquieu refuta a Hobbes, pues en el inglés, el temor es un motor de la organización política, mientras que en el francés, el temor es natural, pero inmoviliza; y el deseo de poder y dominio, al ser una cuestión tan compleja, no se deriva directamente del temor, así que su búsqueda no es primigenia y consustancial a lo humano.

Pero es indudable que el deseo de poder existe, las leyes sociales son relaciones complejas derivadas de principios naturales observables por un espíritu atento, todas ellas provenientes de la inteligencia divina. Las leyes no solo preservan tal naturaleza, son expresión de esa naturaleza y desobedecerlas es corrupción (lo no natural) y obedecerlas es el principio de toda virtud.

Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes que hayan formado; pero tienen otras no formadas por ellos. Antes de haber seres inteligentes, eran posibles: existían, pues, relaciones posibles y, por consecuencia, leyes posibles. Antes de haber leyes positivas, existían relaciones de justicia posibles. Decir que no hay nada justo ni injusto sino lo que ordenan o prohíben las leyes positivas, equivale a afirmar que antes de trazarse círculos no eran iguales todos sus radios. Es forzoso, por consiguiente, admitir que hay relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece; como, por ejemplo, que en el supuesto de haber sociedades humanas, sería justo conformarse a sus leyes. (Montesquieu, 1748/1906: 12–13)

El Estado también es producto de tales leyes naturales, pero cada Estado se acomoda a la propia naturaleza igual y a la vez diversa de cada sociedad. *A cada pueblo sus leyes* es una frase propia de Montesquieu.

Por lo general, el contractualismo parte de la aseveración apodíctica de un estado de naturaleza que se puede constatar en la existencia paralela de sociedades en las que los Estados de derecho no existen y en el que se pueden reconocer sus orígenes. Los salvajes son parte de la historia general de la humanidad, son la muestra de cómo las sociedades civilizadas vivían en sus primeros tiempos. La ley natural no se puede transgredir, nada hay más odioso que la transgresión. El derecho positivo siempre es un producto del derecho natural.

En otros autores contractualistas como Locke (1689/2006), al igual que para Rousseau (1762/1987), existe una libertad plena en el estado de naturaleza. Locke (1689/2006: 42) nos dice “cada hombre tiene el derecho de castigar y ser ejecutor de la ley de la naturaleza”. Pero en la necesidad de eliminar los arbitrios que pueden surgir del hecho de que cada hombre lleve a cabo la justicia, debido a que como individualidades, tenemos intereses particulares, surge la necesidad de extrapolar este derecho natural a la preservación de nuestra vida, a la ley civil que se reúne en el Estado, como elemento constitutivo de lo neutro, aquello que no pertenece a nadie y solo garantiza la “eliminación de tal arbitrio”.

Kant, Locke, Rousseau, nos recuerdan que atentar contra las libertades de un individuo, otorgados de forma “natural” (léase también racionalmente otorgada), termina por atentar contra la libertad de todos. La equidad es un principio de naturaleza que se debe preservar.

El *nomos*, que entre los griegos se debía entender como repartición (Barbieri, 2011), se reduce a una de sus posibles acepciones: “isonomía” como igualdad ante la ley, principio constitutivo del Estado de derecho moderno y en el cual se asienta la legitimidad del contractualismo. El contrato nos reconoce a todos y ahí radica su legitimidad, pues tal igualdad lo es por nuestro constitutivo racional, la misma que es reconocible en nuestra intersubjetividad racional, la que nos permite saber que existe algo más allá de nuestra condición mortal y perentoria, ya sea el espíritu absoluto, el imperativo categórico de la libertad, la libertad individual o la libertad civil.

El contractualismo puede verse, por ende, como una forma de racionalización del orden imperante, un principio de legitimidad que empieza a resquebrajarse ante las críticas de la existencia de tal “orden” natural. Con la razón crítica, Kant abre paso a la posibilidad de objeción, mediante la constatación en el mundo “sensible” de las aseveraciones metafísicas que se extrapolan al mundo de lo social. Cuando Kant impone la necesidad de que la razón se someta a su propio tribunal, también va surgiendo la necesidad de reconstruir la legitimidad del derecho en cuanto a las aseveraciones del naturalismo empirista o racionalista. Es por ello que con el desarrollo de la ciencia, el derecho se substrahe paulatinamente de su fundamentación metafísica y busca una legitimidad en otro orden.

En la modernidad occidental, la razón se erige como fundamento mismo, como constitutivo primordial y la ciencia como su máxima expresión (Adorno y Horkheimer, 1998). El mito de la modernidad, según Adorno y Horkheimer sirve para convertir los preceptos antes metafísicos en científicos, es decir racionalizarlos.¹²⁶ El culto a la razón termina por convertir a la ciencia en un instrumento de “justificación” metafísica, base del propio mito de la razón. Esta ha sido una de las críticas más constantes a la ciencia, desde la teoría crítica (Adorno y Horkheimer), los postestructuralistas (Foucault) o los constructivistas de la ciencia

¹²⁶ Tal como asevera Kaufmann (2007), se puede estimar las severas objeciones a la modernidad – entre ellas el propio cientificismo - de la teoría crítica, de los irracionalistas, posmodernos, etc. sin caer en el irracionalismo o el relativismo.

(Latour, Wolgar), comentadores de la ciencia (Lonchamp) o los propios racionalistas (Popper).

Con esta aseveración, me separo de la postura posmoderna que iguala la ciencia con la metafísica o ve en ella una nueva forma de metafísica, pero no se puede desconocer que en la comprensión popular de empatar al discurso científico con una “verdad” irrefutable, se estructura un fuerte elemento de poder en la emisión de juicios que pasan por científicos, lo que Longino (2016) ve como la creencia social de la “gran ciencia”.

Políticamente, el apelativo de “científico” tiene evidentes connotaciones de legitimidad. En la filosofía natural o la metafísica, el derecho pretendía asentar su legitimidad a través de las teorías contractualistas, pues en el Estado de derecho moderno, al legitimar al Estado como una consecuencia necesaria de la naturaleza humana (divina, natural en el sentido físico o racional), se legitima al derecho como su producto. La ley es una expresión natural vía el Estado. Así, los elementos deónticos, axiológicos y metafísicos se encubren en la ficción del contrato social primigenio. La moral deja de ser convencional o producto humano, es naturaleza pura.

De la misma manera, al adjetivar como “científico” a lo jurídico, se quiere borrar el origen de estas ficciones, que ya intentaban justificarse de manera “naturalista”. Mi aseveración, por ende, es que la discusión sobre la científicidad del derecho es una continuación de la búsqueda de la legitimidad contractualista.

De las ficciones contractuales que legitiman al derecho y al Estado, se pasa a una búsqueda de validar al derecho a través de su propia lógica discursiva, convirtiéndolo en una ciencia autónoma. Precisamente aquí es cuando surge en el siglo XVIII la *dogmatik* como ciencia del derecho o la discusión misma sobre la científicidad del estudio de las leyes. Alrededor de esta discusión se enfocan teóricos tan diversos como Savigny, Puchta, Ihering, Kirchmann, Stammler, Kelsen.

La pregunta por la legitimidad del derecho es una pregunta por su validez y no puede dejar de remitirse a una discusión epistemológica sobre cómo se constituye científicamente el discurso jurídico. Cuando se agotó la visión contractualista en el siglo XIX (que ha sido, curiosamente revivida en el siglo XX por Rawls), se pasó a una búsqueda de legitimidad a través de la ciencia.¹²⁷

Una ciencia, en el sentido original de la epistemología positivista más ingenua, busca sustraerse de lo político como elemento constitutivo de la ciencia; como diría Comte (1842/2004), superar el estado metafísico del saber, o de una manera más sofisticada en Durkheim (1895/2001), buscando la objetividad al comprender a los hechos sociales como si fueran cosas. Esto también sucede en el derecho: “The original function of legalist fictions was the establishment of legal science, which would be autonomous and independent of other social sciences and public morality” (Priiban, 2003: 14).

Si la ficción jurídica del contractualismo funcionaba como factor de legitimidad, por ser la expresión de la naturaleza humana o la voluntad general; en la ciencia, la legitimidad está por aparecer como “monopolio de la verdad”. Hobbes, gran lector de Bacon, quería

¹²⁷ Por ello mismo la aseveración de Larenz (1994) de que Kelsen no pudo abandonar el afán positivista de la ciencia del derecho.

fundamentar la ficción contractualista de forma científica. El derecho no se sustrae de la pretensión general de legitimidad a través del conocimiento científico.

Cualquier sentido del contractualismo, ya sea la soberanía, el derecho natural, la racionalidad humana expresada en la ley, intentan edificar un conjunto de elementos normativos que no sean arbitrarios, en los que no prevalezca la voluntad de uno, sino aquella común¹²⁸ y que además parta de fuentes “extra-humanas” y supere las veleidades de la política, ella sí expresión de un choque de fuerzas concretas. El deseo de sustraer al derecho de sus elementos políticos, no es privativo de búsquedas epistemológicas como la de la TPD o la sociología jurídica, sino que es un constitutivo general de la visión de las teorías políticas contractualistas que fundamentaban la legitimidad del derecho por sus fuentes y sus anhelos de paz y bien común.

Para Eduardo Grüner (2003), este afán de búsqueda de la paz, de una teoría política que intenta “retratar la realidad” - basada en los principios liberales de derechos individuales y bien común - es una constante en toda la filosofía política moderna, en la que esta perspectiva se ha impuesto por sobre otras. Para Grüner, las teorías políticas contractualistas, como la del liberal Locke o del republicano Rousseau, al ver en el Estado una expresión de un acuerdo común primigenio, buscan “borrar sus orígenes bastardos” (Grüner, 2003: 180), para construir una institución que expresa la propia teleología de la historia liberal o nos entrega la ficción de la garantía del bien común.

Así, el Estado, y con él el derecho moderno, termina por ser una instancia inevitable del devenir humana y una expresión de lo neutro (ya sea por el criterio de bien común o por la objetividad científica que lo explica). Precisamente, las teorías jurídicas que intentan abstraerse de la realidad, incluso reconocen a la política como el reino de lo conflictivo y transitorio, por ello no quieren revolcarse en esa realidad incómoda. Pero la filosofía política es un elemento primordial del estudio de las fuentes del derecho, al menos en lo que respecta al derecho natural. A fin de cuentas, ambos se debaten en la prescripción de un orden determinado y en la visión de los orígenes que legitiman tal orden.

Ante el agotamiento de las explicaciones contractualistas en un mundo que exigía mayor “objetividad” a los discursos de toda índole, el debate se traslada a otras lógicas de acuerdo al espíritu de los tiempos.¹²⁹

En la modernidad, el debate acerca de la validez de lo jurídico solo puede ser dirimido en los criterios de científicidad. Primeramente, se debe reconocer que la intención de que lo jurídico se convierta en una ciencia con respecto a la cuestión de su fuente, es un problema que está, sobre todo, enfocado en una tradición jurídica determinada, a saber, la del positivismo. El debate sobre la científicidad del derecho se sitúa, sobre todo, en el

¹²⁸ Justamente, Stevenson (1937) recalca los intentos de definir lo “bueno” en términos de bien común para los casos contractualistas que cita, pero niega tal posibilidad en términos de juicios sintéticos. Lo bueno, sencillamente tiene un significado emotivo, no susceptibles de experimentación.

¹²⁹ La crítica de la científicidad del derecho de Kirchmann o Savigny, no necesariamente es un análisis sobre el estatus epistémico del derecho en base a los preceptos generales de la ciencia y a la posibilidad del mismo, sino una crítica al derecho tradicional basado en el romano y en preceptos naturalistas que no estaban en consonancia con su propia realidad. Esto implica que no necesariamente había un análisis de las propias posibilidades científicas del *sollen* jurídico, sino que ponían atención en la necesidad de construir un conocimiento verdaderamente científico, bajo los preceptos positivos; algo que ha excluido como posible a lo largo de este trabajo.

pensamiento jurídico continental, pues el prestigio de la actividad jurídica en el derecho consuetudinario no estaba en tela de juicio (Atienza, 2014).

¿De dónde surge esta duda del derecho continental o la seguridad del derecho anglosajón? La importancia del reconocimiento de un documento como la Carta Magna inglesa de 1215, como antecedente de todo el cuerpo legal posterior, nos puede dar alguna pista. Este documento otorga mayor poder a la aristocracia frente al monarca y es un antecedente importante del parlamentarismo inglés y una forma determinada de pensar lo jurídico, en la que la casuística se impone ante la sanción basada en leyes que buscan abarcarlo todo, precisamente negando la exhaustividad de ley y reconociéndole un principio en el que la ley constituye una parte de la realidad y no una “representación” de la misma.

Por otro lado, quizá podamos hallar un elemento de juicio, precisamente en la reivindicación de los saberes prácticos, de los saberes aplicados, frente a los saberes puramente teóricos. En cambio, en el caso del derecho continental, el criterio de cientificidad es necesario, pues todo conocimiento debe construir sus andamios a partir de teorías sólidas. El pragmatismo anglosajón puede ser un elemento importante para entender por qué el derecho consuetudinario casuístico no tiene la misma necesidad de buscar una fuente científica, reconociendo, ante todo, que las fuentes están en contratos del estilo de la Carta Magna de 1215, en la que se expresa que la búsqueda es un “mejor ordenamiento” de la sociedad.

Este relativo desdén continental por lo pragmático y por extrañar una tradición sólida en las fuentes del derecho, podrían estar detrás de la “lucha” por la cientificidad de lo jurídico. En el mundo anglosajón, la *jurisprudence* siempre ha sido un estudio o conocimiento de las características del derecho y, desde Austin y Bentham, la palabra empezó a adquirir un significado técnico, el que también se diferenciaba de la *expository jurisprudence*, en la que se hacía un análisis de la estructura de la ley. “The Word ‘jurisprudence’ came to mean in this country almost exclusively the analysis of the formal structure of law and its concepts” (Dias, 1985: 4).

De allí, la jurisprudencia hace disquisiciones acerca de la ley: ¿cómo funciona, qué son derechos y deberes, cómo se usan, cómo funcionan? Estas reflexiones quizá están detrás de todas las implicaciones del derecho consuetudinario, pues si bien las técnicas jurídicas que sientan precedentes pretenden asegurar certeza y uniformidad, no se desconoce el arbitrio de los jueces en la toma de decisiones, en las que se quiere reflejar más un criterio de justicia que de legalidad (Goble, 1934). Me resulta necesario destacar este aspecto, porque el reconocimiento del arbitrio en base a un criterio de justicia, impone un problema más bien filosófico y no “científico”, en donde se eliminan las “certezas” de la ciencia y se da pie a los debates sobre la justicia.

2.3.2 ¿Por qué hablar de una ciencia del derecho?

Se reconoce a la dogmática jurídica como la ciencia del derecho (Nino, 2014; Larenz, 1994; Vega, 2000a). La dogmática está íntimamente ligada a una la sistematización, a establecer una doctrina sistemática que permita comprender los elementos del corpus jurídico. El derecho existe como sistematización, ya sea como cuerpo ordenado o como sistema en el sentido lógico, que ve al derecho como “sistema deductivo de enunciados” (Alchourrón y Bulygin, 1987).

Ahora bien, la sistematización es un elemento central de la ciencia: el ordenamiento, la categorización, las taxonomías, la clasificación, la aplicación analítica, etc.; pero la sistematización es una forma de comprensión que atañe a saberes tan dispares como la geometría o la teología. Aquí, no necesariamente el término doctrina está vinculado al de dogma. En este primer sentido, todavía no se resuelve el vínculo del derecho con la palabra ciencia.

Cierta atención al uso del término ciencia quizá sea importante. Como se ha dicho, la discusión sobre la científicidad del derecho se sitúa, sobre todo, en el derecho positivo alemán, con Savigny, Puchta, Kirchmann, Ihering, Kelsen, Hart, etc. Probablemente habría que poner énfasis en la ambivalencia del término alemán *Wissenschaft* en cuanto a su aplicación para el campo de los estudios del derecho.

Esta idea lata de ciencia como cuerpo doctrinal o cuerpo teórico sistematizado es el que ha estado presente en la tradición alemana (Mayr, 2006; Bunge, 1999). La denominación *Wissenschaft* a un cuerpo estructurado de conocimiento es indistinta para cualquier sistema teórico o de conocimientos y puede referirse también a “estudios”. Así, podemos entender la separación entre humanidades o ciencias del “espíritu” (*Geisteswissenschaften*) y ciencias naturales (*Naturwissenschaften*) y que ha establecido una línea demarcatoria elemental sobre los campos del saber. Esta línea demarcatoria puede atender a una diferencia analítica – ciencias de diferente naturaleza – que parte de una distinción ontológica entre los fenómenos naturales y físicos.

Dilthey, quien trabaja de forma extensa en la separación entre ciencias naturales y ciencias del espíritu nos dice: “El problema fundamental consiste en la fijación del modo preciso de incompatibilidad entre las relaciones de los hechos espirituales y las regularidades de los procesos materiales” (Dilthey, 1883-1966: 48), cada campo debe estudiar sus propios problemas y sus propios métodos, en rechazo de la pretensión positivista decimonónica de la existencia de un método científico único.

Este sentido lato de ciencia, sin embargo, comprende una gama indistinguible de saberes que más allá de su coherencia interna, no tienen el mismo sentido “institucional” de la palabra ciencia. En el mundo anglosajón, el término *Wissenschaft* es traducido generalmente como “estudios”; mientras que, en el sentido que se le da a la palabra *science*, la existencia de un cuerpo coherente de conocimiento es tan solo un requisito necesario pero jamás suficiente para catalogar a algo como científico.

El término *science*,¹³⁰ surgido en el siglo XIX (Hobsbawm, 1999), está concatenado al espíritu positivo de ese siglo en los países anglosajones, es decir al deseo de construir un conocimiento coherente, pero además validable o demostrable, y cuyo objeto de estudio esté propiamente delimitado. Generalmente, sin la adjetivación *social*, y se lo “realidad” está el espíritu del término, sobre todo en el mundo alemán.

El filósofo Leibniz es el mejor ejemplo de la concepción amplia. Para él y para sus seguidores una “ciencia era un cuerpo doctrinal que podía con ser conocido sistemáticamente y con un alto grado de certeza... Así concebida, la ciencia comprendía las ciencias naturales, la historia natural (incluidas la medicina, la geología y la química), la matemática, la metafísica y la también los escritos teológicos, la historia europea y la lingüística. Esta

¹³⁰ Ernst Mayr lo sitúa en 1840, introducido por William Whewell, al reemplazar el término “filosofía natural” por “ciencia” y al de “filósofo” por “científico”.

conceptualización excesivamente amplia de la ciencia sigue viva en el concepto alemán de *Geisteswissenschaften*. Todo lo que en los países anglófonos se engloba en las humanidades, en la bibliografía alemana figura como *Geisteswissenschaften*. Éstas incluyen el estudio de los clásicos, la filosofía, la lingüística y la historia. Como resultado de ello en Alemania se reconocían dos tipos de *Wissenschaften*, las ciencias naturales y las *Geisteswissenschaften*. (Mayr, 2006: 29)

Si bien, el inicio de los estudios sobre la cientificidad del derecho empiezan en Alemania, donde se le aplica el sufijo *Wissenschaft* a la palabra que designa “derecho” - *Rechts*, - la *Rechtswissenschaft* –, sería difícilmente sostenible que la sola aplicación del término ha determinado toda una historia posterior de malas traducciones, confusiones y malos entendidos, pues los mismos contenidos en Kirchmann e Ihering dan cuenta de un entendimiento de ciencia como reclamaba el positivismo de su tiempo. La propia *Rechtsdogmatik* sigue la postura que Mayr adjudica a Leibniz de ver a la ciencia como sistema doctrinal.

Lo importante es notar que la distinta aplicación del término, hace que no siempre denote o designe lo mismo, sin que una discusión de orden epistemológico haya tenido lugar para dilucidar la cuestión. El problema es la reducción del término “ciencia”, en el caso de la *Rechtswissenschaft*, a un conjunto organizado de conocimientos o doctrinas. Tras la distinción hecha por Dilthey entre ciencias sociales (del espíritu) y naturales, se reclama la autonomía de las primeras, y la necesidad de separarse del método empírico de verificación, pero siguen siendo ciencias. Las ciencias del espíritu (el derecho, la antropología y la psicología) tienen su propia lógica común, ajena a lo que se considerará ciencia, pero usando la misma terminología. Me parece que este uso amplio del término ha jugado un papel central en la aplicación del adjetivo “científico” al derecho.

El afán clasificatorio, analítico y taxonómico que siguió al nacimiento de ciencias especiales, requiere de métodos particulares de estudio pero siempre anclados en una lógica común trascendental (Kant, 1781/1928). Así, debido a su sistemática presentación doctrinaria (como la filosofía), a su objeto y a su ámbito de aplicación, es evidente en dónde se ubicará al derecho.

En este afán de clasificación, Wurzel¹³¹ declara que el derecho es la primera de las ciencias sociales (citado en Dias, 1985), sin un fundamento sólido para tal aseveración o un análisis de la función explicativa del derecho, no sobre lo social en sí, sino sobre la normatividad que regula lo social.

La misma discusión sobre la cientificidad de las ciencias sociales queda relegada en este plano. En esta misma línea, he expuesto dos corrientes fundamentales, que parten del presupuesto recogido por Wurzel sobre la condición científica de lo jurídico: la del derecho como ciencia autónoma en Kelsen y como ciencia social en Ross.

Nuevamente, surgen las propias interrogantes sobre el contenido epistémico en el que se van marcando las corrientes propias que analizan al derecho y a las ciencias. Para Weber (1904-2009), una ciencia social puede dar cuenta de contenidos técnico-prácticos con arreglo a fines, pero su objetivo no es crear tales contenidos. La ciencia, desde la perspectiva

¹³¹ De acuerdo a Vega (2000a), Wurzel señala al derecho como una ciencia no empírica que tiene mecanismo de corrección de sus aseveraciones, como el caso de la comprobación empírica, pero aun así es una ciencia de tipo normativo. Quizá aquí podríamos observar el uso indistinto del término.

weberiana es eminentemente explicativa y su aplicación queda relegada como un asunto socialmente inherente a la ciencia, pero epistemológicamente ajeno. Para Weber, la ciencia explica, por tanto la economía o la sociología son ciencias; el derecho prescribe y no sale de la esfera de la normatividad, por lo que no es una ciencia en el sentido weberiano.

El plano desde el cual Weber comprende al derecho es el de las ciencias como saber en sí mismo, *episteme* puro. Weber sigue con una tradición de orden positivista en la que la separación de cualidad de *episteme* y *praxis* hace imposible que el derecho sea considerado como una ciencia social, aunque la toma como ciencia normativa (Turner, 2010), pues su estatuto epistémico se refiere a normas y su deber es normar las relaciones sociales. En este caso, el uso del término ciencia, también puede quedar relegado a un conjunto de saberes ordenados con una racionalidad propia y cuyo objetivo es claro en cuanto a su rol normativo sobre la sociedad y por ende práctico, pero este concepto es muy limitado a lo que se entiende por “saber científico” en la epistemología y filosofía de la ciencia actuales.

El otro caso al que habíamos opuesto a la concepción de Weber es la de Dilthey. Precisamente, Ortega y Gasset, en el estudio introductorio a la *Introducción a las Ciencias del Espíritu*, nos dice que el tiempo en el cual Dilthey concibe su trabajo le es adverso por la primacía del positivismo. A mi juicio, Dilthey se encasilla en una suerte de hegelianismo, en el que busca superar los saberes especializados, para ver un orden y un patrón común propio de la razón, del espíritu absoluto. En este mismo marco hegeliano, Dilthey pretende hacer una síntesis en el que las ciencias sociales tengan cierto tipo de fundamentación empírica (aunque su validez, como hemos dicho, no depende de la verificación propia del positivismo decimonónico), pero que a su vez den respuestas a los grandes problemas filosóficos, en consonancia con lo que también pretendería la fenomenología de Husserl.

Ortega y Gasset nos dice que las “ciencias del espíritu” de Dilthey compaginan con lo que en Francia llamaban “ciencias morales o políticas” y ubica al debate de Dilthey en un plano más general entre el positivismo y un trascendentalismo neokantiano.¹³² Lo que quiero resaltar es que las ciencias del espíritu son aquellas cuyo objeto de estudio es lo humano y, claro está, lo social, pero lo trascienden, dan explicaciones más complejas que lo que una ciencia empírica, al estilo weberiano puede decirnos. Hacer historia no implica ser mero recolector de datos, se debe interpretar la historia, dar respuestas, a través de ella, de las grandes preguntas que nos conciernen, tal como se proponía el idealismo alemán.

Dilthey se opone a la pretensión de construir una historia en la tradición historiográfica francesa, al estilo de Voltaire, para quien la historia no puede ser una ciencia, pues la ciencia debe hacer predicciones y la historia es imprevisible. A esto, Dilthey propone una ciencia que conecte los hechos históricos con hechos de la conciencia, y estos hechos trascienden a lo propiamente histórico, pues se interconectan en varios elementos: la historia, la psicología, la antropología, la economía y, por supuesto, el derecho.

El derecho es parte de las ciencias del espíritu y es uno de sus grandes objetivos aplicados, porque a través del derecho incidimos en la propia historia. El particularismo científico, las ciencias especiales, pierden la totalidad. Las ciencias del espíritu están interconectadas, pero son un todo independiente de las ciencias de la naturaleza. Esta

¹³² Cabe recordar la importancia que cobra el neokantismo en la esfera germana a inicios del siglo XX. Vaihinger en la filosofía y Stammler en el derecho son grandes ejemplos. Kelsen podría ser una síntesis de la disputa expresada por Ortega y Gasset. Representa la necesidad de “cientificar” o “positivizar” el derecho (Larenz, 1994) y está imbuido en el neokantismo (Ebenstein, 1947).

aseveración sigue la vinculación de que el campo del espíritu es una conciencia de nuestra “estar” en el mundo, para trascender esta condición mortal. La unidad de ambos planos es lo que Dilthey denomina como mundo “psicofísico”.

Dilthey propone un conjunto intrincado de hechos psicofísicos como forma de compenetrarnos con el mundo. Volviendo a la metafísica trascendental de Kant, una ciencia puramente del espíritu es sola metafísica. Las ciencias del espíritu tienen su asidero concreto. La siguiente cita nos recuerda tanto a Kant como a Hegel: “Todos los fines están para el hombre exclusivamente dentro del proceso espiritual mismo, puesto que solo en éste existe algo para él; pero el fin busca sus medios en el contexto de la naturaleza” (Dilthey, 1883/1966: 57).

De la misma manera, estas ciencias se componen de una parte histórica, otra teórica y otra práctica, nuevamente vuelve al mundo de la *phronesis* y es allí donde se desarrolla el derecho. El orden superior (el propio del espíritu humano) nos lleva a una conciencia jurídica que se manifiesta de forma psicológica (para ponerle el acento supuestamente empírico), pero que también atañe a un elemento mayor: la propia voluntad. El derecho es un imperativo de la voluntad colectiva, es decir, es la realización misma de una especie de conciencia humana (su espíritu) en el campo mismo de la historia (en donde se ubica la naturaleza).

Lo que quiero decir con esto, es que con una *Theorie der Geisteswissenschaften*, ha terminado por convertirse por una serie de equívocos e intentos de autonomía en un saber que más que técnica ha terminado por convertirse en una ciencia social. Lo espiritual pasa a ser una suerte de síntesis entre los elementos empírico-históricos, con la propia conciencia del espíritu. El nexo entre ambos está dado por la práctica de la conciencia en el mundo a través del propio derecho. El uso del término *Wissenschaft* nuevamente, vuelve a referirse a una tipo general de “estudios” y se convierte, más bien, en un término en disputa, en una palabra que origina un campo de conflicto, precisamente porque permite ciertas legitimidades a los cuales está ceñido la idea de la científico – precisamente algo opuesto a la laxitud y totalmente anclado en el “rigor”.

2.4 Campo y sistema social

2.4.1 El campo de lo neutro

Para este acápite, quisiera interrelacionar ciencia – verdad y neutralidad dentro del imaginario social. Partamos de recordar la idea de Kant (1781/1928), de que la verdad está en la correspondencia entre el concepto y el objeto, entre nuestra intersubjetividad racional y trascendente y el mundo material en la cual esta se reproduce. El conocimiento se produce en esta relación entre formas puras y contenidos concretos. Kant lo sintetizó en esta famosa sentencia de la *Crítica de la razón pura*, al ver a la razón vacía sin experiencia y a esta última ciega sin razón. La verdad también es una relación entre ambos, formas puras y experiencia.

El entendimiento, el cual es el encargado de aprehender al mundo sensible, está íntimamente relacionado con una idea general de ciencia, asumida como explicación del orden factual del mundo. La pretensión de verdad (ya sea una verdad trascendente o la de la verificabilidad de lo dicho) es un elemento central que atraviesa el conocimiento occidental y constituye un punto de convergencia de varios tipos de conocimiento, aunque en diferentes niveles y racionalidades.

Esta pretensión de verdad fue una característica elemental de la ciencia como fenómeno histórico de la modernidad (Lonchamp, 1996). En la actualidad, dentro de la filosofía de la ciencia, no se piensa a la ciencia en términos de verdad. Bunge (1982) nos recuerda que la ciencia no constituye un cuerpo de conocimiento que monopoliza la verdad, sino que posee el monopolio de aportar los medios adecuados para conocer el mundo material (para poner un ejemplo, en Popper, podríamos hablar más de verosimilitud). Sin embargo, el problema no pasa por un conocimiento sobre los medios, el método o la verdad como un concepto problemático desde el punto de vista epistemológico, cuestiones de escaso interés público o fuera de los círculos académicos; lo importante es observar el sentido social de la ciencia como poseedora del monopolio del conocimiento verdadero (en lo cual empatiza y a su vez rivaliza con la religión). La adjetivación de científico, por ende, es una garantía de verdad (Nagel, 1979; Bunge, 1999; Chalmers, 2000), pero a su vez, de neutralidad. Entendemos que la verdad es vista como neutral porque no obedece a las subjetividades, sino que reconoce una interrelación de aprehensión “objetiva” del mundo factual. Como el mundo “es” no obedece a la subjetividad humana.¹³³

Precisamente la constitución del derecho como campo de lo neutro es lo que puede asociarse a una forzada pretensión de científicidad. El derecho se presenta como una manifestación de neutralidad, arbitra entre los diversos intereses en juego, garantía de ejercicio de derechos comunes, producto máximo del Estado que a su vez es expresión del bien común. El derecho es un constitutivo y derivación del Estado, productor y producto de la “naturaleza humana”, a la cual, por obviedad, no podemos sustraernos.

Para Bourdieu (1986), las teorizaciones en torno al derecho se debaten en un falso dilema que va de un formalismo vacío, que intenta construir una autonomía propia de lo jurídico (como campo de lo neutro por excelencia) – autonomía de toda relación social y de poder – y del instrumentalismo, que lo ve como puro mecanismo de dominación de unas clases sobre otras. Ahora bien, la segunda postura teórica, rebate totalmente a la primera, pues en el formalismo, el derecho pretende presentarse de forma autónoma – y por ende neutra en sí misma –, enfrentada a una crítica más de orden marxista, que ve al derecho como un instrumento de dominación del Estado.

La crítica que hace el sociólogo francés a la postura tradicional del estructuralismo marxista sobre el derecho es el olvido o el desdén por la gran complejidad del conjunto de estructuras simbólicas de dominación (no necesariamente de la fuerza física propia del monopolio estatal a través del derecho o solo como falsa ideología).

La gran tesis de teóricos de la sociología del derecho como Bourdieu (1986) y Luhmann (2002) es que el derecho crea una nueva forma de realidad o un sistema autopoyético, respectivamente, a través del lenguaje o la comunicación. El discurso jurídico, en sentido epistémico, no representa a la realidad, sino que busca incidir sobre ella. Los efectos de tal forma de incidir son imposibles de rastrear, pero se debe reconocer que la formación de un sistema autónomo crea sus propios códigos para actuar sobre su entorno y crear un conjunto de interrelaciones que contengan una racionalidad propia y específica diferente de las demás. “Un sistema emerge de la definición de límites con respecto al entorno y, para el caso de los seres humanos, estos límites son de sentido” (Darío Rodríguez, 2002: 30).

¹³³ Dentro del ámbito epistemológico, esta aseveración parte de un principio del realismo, conocido como “independent mindo commitment” (Chakravatty, 2012) que constituye una postura opuesta al relativismo, al subjetivismo, al constructivismo, al sociologismo de la ciencia, por el cual, la “objetividad” no es posible y, por ende, ninguna neutralidad.

La característica operacional de tales elementos forma una semántica determinada, en la cual los elementos tienen relación entre ellos y solo en ese sentido se convierten en autopoyéticos, es decir que los elementos que conforman el derecho (reglas, normas, etc.) tienen sentido en un contexto determinado, que forma una estructura semántica que nos permite entender a los elementos y crear otros nuevos.

Se crea entre ellos una red de reproducción de componentes que crea nuevos y propios componentes (Luhmann, 2002). De esta visión de sistema de Luhmann, que debe ser ampliamente discutida, sobre todo en el sentido de autonomía y autopoiesis de los sistemas sociales, me parece que se debe rescatar esa especie de gramática que los elementos semánticos cobran en un sistema, sobre todo para el caso del derecho. ¿Por qué? Precisamente porque en el derecho la racionalidad del mismo está íntimamente relacionada a la creación de un lenguaje tecnificado que crea estructuras simbólicas que deben ser reproducidas por los “expertos”.

Bourdieu (1986) se opone a Luhmann en que estas estructuras simbólicas no son autorreferenciales como la teoría de sistemas nos presenta, pues la noción de campo supone que estas estructuras son creadas en una interrelación entre individuos concretos – propios de la acción social y no de elementos comunicativos -. Para Bourdieu, lo importante de esta distinción es reconocer que estas estructuras simbólicas se traducen en un tipo de lenguaje que pretende sustraerse de las relaciones que representan y presentarse como un lenguaje tecnificado (riguroso y no polisémico) de uso exclusivo de los peritos técnicos.

Siguiendo con Bourdieu, cada campo, cuenta con una serie de capitales, ya sean económicos (convertible en dinero y se institucionaliza a través de la noción de derechos de propiedad), sociales (capital de obligaciones y relaciones sociales y está ligado al estatus), culturales (puede convertirse en capital económico y se institucionaliza en ciertas credenciales que legitiman la acción – como los títulos académicos, por ejemplo), que se intercambian en un mercado (ágora, lo público) y dependiendo a relaciones de fuerza concreta se crean las propias condiciones del campo, que es una interrelación entre individuos (Bourdieu, 1986: 13).

“El capital hace que los juegos de intercambio de la vida social, en especial de la vida económica, no discurren como simples juegos de azar en los que en todo momento es posible la sorpresa” (Bourdieu, 2000: 131). Inscribiéndose en el estructuralismo, para Bourdieu, estos intercambios permiten estructuras más o menos estables, construyen una institucionalidad determinada que permite su reproducción continua. En todo momento, se ponen en juego los tres capitales, pues todos obedecen a intereses particulares que pueden ser traducidos siempre en capital económico, pero que no “juegan” en el campo de forma directa, sino que aparecen solo posibles a través de capitales sociales o culturales. Éste es el caso del campo del derecho.

El campo jurídico produce un conjunto de prácticas y un discurso lógico con una racionalidad propia que establece la gramática de los elementos de tal campo. Con una subsecuente división del trabajo jurídico, se crea una visión particular sobre el “nomos”, una visión legítima de la aplicación. El derecho se convierte así en un conjunto de textos que abordan la visión legítima y “es por esta condición por la que se puede dar cuenta de una autonomía relativa del derecho”¹³⁴ (Bourdieu, 1986: 4).

¹³⁴ “C’est à cette condition que l’on peut rendre raison et de l’autonomie relative du droit”. La traducción es mía.

De allí en más, la ciencia del derecho es aquella que estudia estos textos, los textos que ella misma ha creado. Devenir en experto en lo jurídico implica conocer la parte importante de estos textos y desde allí se instaura una ciencia. El reconocimiento del derecho como un estudio de estos textos, ya sea como revisión histórica o doctrinaria está presente en muchos autores (Bourdieu, 1986; Dias, 1985; Alexy, 1989; von Kirchmann, 2014). El derecho como disciplina no experimental hace que sus conocimientos sean autorreferidos y se queden en su propia órbita y además, sin la posibilidad de un criterio de verdad – entendido como la relación entre concepto y la adecuación con el objeto –, hace que el formalismo sea la única vía posible para referirse a tales textos, recreando tal neutralidad.

El derecho es una disciplina de sus propios instrumentos, al igual que la teología, por ejemplo, y, al igual que ésta, existe una necesidad de que el derecho supere el arbitrio de su propio fundamento. Puede ir de convertirse en un consenso primigenio (la ficción contractualista), hasta una ciencia – el campo de la verdad y de lo neutro – o como mandato sobrehumano.¹³⁵ Esta ideología tecnificada, este lenguaje tecnificado, crea una semántica particular que pretende alejar al derecho del conocimiento común, hacer aparecer lo convencional como otra cosa.

Si bien, la posibilidad de aplicación del derecho, debe superar los problemas de la polisemia del lenguaje natural, como nos decía Atienza (2002), el derecho es propiamente un lenguaje natural tecnificado. Pero ¿cuánto de este lenguaje es pertinente, cuánto supone este capital cultural que permite una exclusividad de acción?

El intercambio de esto que Bourdieu denomina capitales culturales, su monopolio, permite crear relaciones de fuerza. Esto es obvio. Sin embargo, también cabe una cuestión sumamente importante. Por ejemplo, varios de los críticos de la ciencia, de índole relativista y que apelan al uso y monopolio de estos capitales por parte de los científicos – y critican tal pretensión de “monopolio de la verdad” y las prebendas que esto comportaría¹³⁶ – nos dicen que la ciencia y el “mercado científico” funciona de la misma forma en la que me he referido al derecho. Pero hay una confusión de niveles, pues está claro que la ciencia es un campo exclusivo y elitista, dado que su propia racionalidad tiene la necesidad de un conjunto de pericias en las cuales sus integrantes se deben especializar y para lo cual no todos tienen los recursos, constancia o aptitudes necesarias. Pero que científicos y juristas compartan elementos sociales comunes, esto no implica que su “monopolio de verdad” obedezca a la misma racionalidad.

En este sentido de racionalidades diferentes, en los que se pretende que la ciencia simplifique al máximo los modelos explicativos sin dejar de tener validez representativa, el caso del derecho no tiene esta misma posibilidad en su racionalidad. En el derecho, sobre todo en lo que concierne al desarrollo de un lenguaje tecnificado y los principios de aplicación, habría que preguntarse su total pertinencia y cómo una completa convención complejiza en exceso un sistema cuyo objeto no es dar cuenta de la realidad, sino normarla. El conocimiento de los instrumentos jurídicos no pasa por el conocimiento de las leyes – esto sería un intento vano, sobre todo en el caso del derecho positivo, en donde existe una infinitud de leyes –, el estudio del derecho está más centrado en los principios y en el entendimiento de tal racionalidad que sigue una lógica elemental. Bourdieu se pregunta por qué se despega tanto

¹³⁵ En este caso, podemos volver a la polémica entre Santo Tomás, para quien ni Dios podía romper los designios de la razón u Ockham, para quien esto no tenía sentido, pues el creador tiene la postestad de decidir sobre su creación y sus criaturas.

¹³⁶ El mismo Bourdieu (1976) sostiene esta idea en un texto ya clásico: *Sociologie de champ scientifique*.

del sentido común, por qué esta diferencia tan radical entre los profesionales y los legos, en la posibilidad de ejercicio jurídico, de autodefensa, en la necesidad de avales de expertos estudiosos de un conjunto de escritos. La pregunta no va dirigida a responder si el derecho es algo “fácil”, que el sentido común puede ejercer y ya, no va por allí, sino por lo que el sociólogo francés llama “efecto de apriorización”, que se traduce en los escritos que componen el derecho, en la particularidad del lenguaje jurídico como campo propio de lo neutro (Bourdieu, 1986: 9).

Aparentemente, al sentido práctico, inherente en el derecho, le preceden una serie de principios, que la lógica hace aparecer como *a priori*, permitiéndole así participar o de una deóntica legitimadora o de una racionalidad que recuerda al proceder científico, también con efectos de legitimación. Este efecto de apriorización crea una retórica impersonal y neutra, que parece o devenir de la lógica y que estar normado por ella y no devenir de “nadie” o, que para el caso es lo mismo, “de todos”. Para Bourdieu estos dos efectos, relacionados al lenguaje serían los siguientes:

- 1) Efecto de neutralización – como un conjunto de rasgos sintácticos, como el predominio de construcciones pasivas y giros impersonales, que intentan subrayar la impersonalidad de la enunciación, para darle un carácter de imparcialidad y neutralidad.¹³⁷
- 2) Efecto de universalización – se presenta a través del uso sistemático del indicativo en tercera persona del singular y así crear un efecto de hecho consumado, también impersonal y en la naturalización de la Constitución como *norma normarum*, de la cual parte todo el sistema. El uso de indefinidos o de un presente que aparece como intemporal (Bourdieu, 1986). Estos elementos causan un efecto retórico en el que todo aparece como consensuado y en el que no existe disputa por calificativos genéricos de difícil precisión, como la adjetivación de términos “bueno”, “*contra natura*”, etc.

Cabe destacar que toda imparcialidad pretende tener un efecto apolítico, propio de una construcción aparentemente neutral. En sí mismo, ambos efectos están conectados. Los giros pasivos a los que se refiere el autor, son por ejemplo, el uso de verbos pronominales impersonales, en donde no se puede distinguir claramente el agente de la acción e implica a todos: “se obliga a las partes...”, “se acepta...”. El “ambiente” creado por este lenguaje pone distancia con la decisión, precisamente porque crea el efecto de pura aplicación, de la pura técnica aséptica de un lenguaje tecnificado, que quiere desactivar una potencial deslegitimación por sus orígenes.

Esta cuestión está relacionada estrechamente con el problema de la interpretación jurídica. Este lenguaje tecnificado no solo crea una ilusión de autonomía, en el cual el ejercicio solo puede ser llevado a cabo por peritos que sobrepasan el entendimiento de la gente común, a través de la comprensión de todos los elementos involucrados (lo cual podría ser discutible al cambiar la institucionalidad), y en el que también, se pretende que haya una separación radical entre quien aplica y la prescripción (impersonal, universal).

El problema de la interpretación ha sido un debate amplio en el derecho, en el que el lenguaje no puede sustraerse de su carácter polisémico. Otra de las formas de alcanzar

¹³⁷ Los ejemplos de Bourdieu son de este tipo: el uso de conjugaciones impersonales en tercera persona “*On demande...*”, “*Se solicita*”, que crea un efecto de neutralización, el “poder de nominación” que no se refiere a nadie en concreto, y, por ello, sería producto de “todos”.

neutralidad es establecer una lógica institucional, en el que el lenguaje se concibe como un conjunto de conceptos “esenciales” (Atienza, 2000), lo que crea la fuerza de una institucionalidad que trasciende a los individuos. Esta visión de la fuerza de la institucionalidad, que inicia a partir de una constitución extensa y un conjunto de normas que se derivan de ella, además de una suerte de principios, están directamente relacionados a la necesidad de una supra institución como el Estado, en el que el derecho positivo cobra el rol fundamental de permitir tal institucionalidad. El fundamento mismo de toda la idea de bien común, neutralidad, etc. está allí y el lenguaje juega un rol primordial en su formulación.

En el lenguaje se decanta también la propia racionalidad jurídica, en el que la ley escrita, parecería no dictar normas (obligar), sino más bien limitarse a hacer constataciones de la realidad. En el lenguaje subyace la posibilidad de confusión de las racionalidades jurídica y científica y detentar su fuerza neutral.

2.4.2 Sistema social y racionalidad

Una de las propuestas de este trabajo es que la racionalidad del derecho constituye la base de un sistema que permite, al menos en teoría, establecer un orden normativo con una prelación claramente definida. Esta interrelación entre los diferentes elementos, no siempre es coherente, pero se supone que el sistema prevé formas de resolver las contradicciones presentes a través de una serie de principios, inherentes a la propia prelación de leyes, a reglas lógicas y al rol de cada elemento concreto del sistema. El enmarcar las normas y leyes en tal sistema elimina el arbitrio y permite la consolidación y coherencia del sistema, creando una institucionalidad. Esto es lo que pretende Alexy (1989) con su interpretación del papel de la dogmática, en la que las decisiones obedecen a una racionalidad específica, que en la construcción discursiva y coherencia podrían, de acuerdo a Bourdieu, compartir elementos con la ciencia. Sin esta racionalidad inherente, el derecho dejaría de ser tal. Con esto queremos decir que tanto el derecho como la ciencia guardan una cualidad sistemática que les es fundamental, pero cuyas racionalidades, son diferentes, como se expone en otra parte de este trabajo.

Pero esta idea de sistema funciona, más bien, en un sentido puro o ficcional; ya que la práctica propia del derecho está supeditado a los avatares de la propia sociedad en la que se desenvuelve, a los intereses determinados, al conocimiento de los juristas, los fallos humanos, sesgos cognitivos, información y prejuicios de los ejecutores, etc. La cualidad propia del sistema jurídico es su propia legalidad, es decir que la prevaricación o cualquier acto ilegítimo, pero con visos de jurídico, fuera de tal sistema, termina por ser ilegal – pero nada más que eso, es decir que es posible como “hecho”, pero no sistémico en cuanto es exógeno.

Un principio elemental del sistema es que las personas que lo aplican tampoco están sustraídas del mismo y, además de cumplir la normatividad, están encargados de aplicarla; en último momento, la aplicación de la normatividad y su cumplimiento funcionan en dos órdenes de interrelación: en el sentido de sanción normativa y como acto de fe. En este sentido, la institucionalidad de todo sistema social pasa o por la posibilidad de sanción de cada uno de los incumplimientos (que en el caso del derecho, se guarda el monopolio de un tipo de sanción) o a través de la ideología.

En el caso de los sistemas sociales, se los debe entender como heurísticos que permiten comprender un conjunto de fenómenos interrelacionados en una realidad compleja y de difícil

comprensión sin la cual no se podría abstraer ciertas relaciones a partir de las cuales hacer inferencias, predicciones, etc.¹³⁸

Ahora bien, remitiéndonos al teórico de los sistemas, Niklas Luhmann (2002), uno puede entender que la teoría de sistemas es más bien una construcción que permite dar cuenta de una realidad compleja, pero siempre menos compleja que la realidad. Aquí, hay una declaración obvia de principios epistémicos, en el que la comprensión de un sistema social, no es una entidad autónoma de la construcción cognoscitiva, sino, más bien, producto de una interrelación de fenómenos en los cuales se ve cómo unos tienen incidencia sobre otros. Justamente, el problema está en concebir a un sistema social como una entidad autónoma, y con esto me refiero a la existencia de un sistema como tal, que está, casi siempre referido a una especie de metáfora organicista que abandona su carácter metafórico para convertirse en una “realidad”. Entonces, sobre lo dicho, cabe destacar varias diferencias:

- 1) En términos teóricos, el derecho es un sistema debido a que tiene una racionalidad determinada, con una ponderación clara, una posibilidad de aplicación de principios lógicos, que eliminan un arbitrio determinado.
 - 2) El derecho es una institución (una de tantas y una de las más importantes), pero no es un sistema social, pues tal cosa no existe fuera de un sentido heurístico, con esto afirmamos que el concepto de “sistema social”, funciona más como un tipo ideal en el sentido weberiano que como “entidad” realmente existente.
 - 3) El derecho no es un heurístico, no funciona en el mismo sentido que teorías que dan cuenta de la realidad, pues su aplicación es normativa, aunque varios elementos del mismo pueden tomar parte de un conjunto de heurísticas que se ponen en juego en la sociedad al momento de tomar decisiones individuales. El derecho no es un modelo para la toma de decisiones fuera de su órbita propia, pues su complejidad y la dificultad de cálculo lo hacen imposible. El objeto del derecho es la normatividad, un *ethos* general de comportamiento, es decir, algo que sirve como guía de conducta, pero no en el sentido de un modelo científico. Me parece que uno de los propios principios de derecho, de que éste se aplica a todos, a pesar de que los juzgados lo desconozcan, se relaciona a su papel normativo *extra consciente* del agente juzgado.
 - 4) Como había dicho, a diferencia de lo que aseveran varios autores (Ross, por ejemplo), sobre el papel del derecho como elemento de juicio en la sociedad, me parece que la aplicación de la teoría de juegos para el caso del derecho da cuenta de la imposibilidad de sostener una aseveración de este tipo, pues la mayoría de decisiones tomadas por los agentes, dependen de un sinnúmero de elementos. Si el derecho, entendido como un conjunto complejísimo y extenso de normas, constituye un elemento para la toma de decisiones, estaríamos suponiendo que los agentes toman decisiones sobre la base de una información completa y haríamos postulados similares a los de la teoría de la elección racional (TER). Esto no es así y no podemos asumir esto, pues nada lo confirma y el manejo de tal cantidad de información es imposible.
- La TER supone la existencia de tres elementos constitutivos: 1) preferencias en base a intereses individuales, en la que el comportamiento racional supone alcanzar tales intereses como objetivos, en busca de maximizar la utilidad con el menor esfuerzo posible; 2) acceso completo a la información; 3) capacidad infinita de cómputo en base a tal información y a los objetivos establecidos por los intereses. Estos

¹³⁸ Esto llevaba a Wallerstein, en un sentido de “tipo ideal” weberiano, a ver a los Sistemas Mundo como heurísticos, como conceptos de aproximación de la teoría a una realidad compleja.

presupuestos han sido ampliamente rebatidos desde la propia economía y, sobre todo, a estudios empíricos de tipo cognitivo, que dan cuenta que la toma de decisiones usa atajos cognitivos y se da de forma heurística más que con acceso completo a la información y con capacidad de cálculo compleja (Escobar Jiménez, 2016). Los presupuestos de que el derecho constituye un modelo para la toma de decisiones empatan con los postulados no demostrados de la TER. El derecho está conformado por un sinnúmero de normas y una lógica sistémica de improbable conocimiento común, como para aseverar que constituye un modelo para la toma de decisiones.

- 5) El derecho no es un sistema social en el sentido heurístico, pero sí un sistema (dada su racionalidad), que funciona dentro de la sociedad y tiene una enorme incidencia en ella.

Mi propuesta se opone radicalmente a la visión constructivista de Teubner (1997), en la que retoma varios elementos de Luhmann para entender al derecho como un sujeto epistémico. Para Luhmann, los actos individuales no configuran los sistemas sociales, sino que es en la comunicación en donde estos se desarrollan. La pretensión de Luhmann es atribuirle a los actos una condición de aislamiento, totalmente ajena a lo que construye un sistema como interrelación de individuos, por ende, es en la comunicación en donde los actos trascienden su esfera y se convierten en sociales. Para Teubner, el realismo social comete la ingenuidad de pensar que lo que se debe estudiar son actos individuales como principio de acción social, tal como comprendían a la sociología los funcionalistas parsonianos,¹³⁹ de quien Luhmann se separó. Es en la comunicación donde los individuos dejan de ser una “realidad individual” y sus acciones solo tienen repercusión en el sistema en la medida en la que son actos comunicantes, es la comunicación y no los actores los que producen sociedad; así, para la tesis del constructivismo de Teubner, el derecho se convierte en sí mismo en un sujeto epistémico, porque en la comunicación genera de manera autónoma e independiente su propia realidad.

Siguiendo la línea de Luhmann, Teubner piensa que los seres humanos no producen derecho como artefacto cultural, sino que es al contrario, resaltando el papel de la comunicación como la creadora de sistemas, es el derecho que como proceso comunicativo crea actores humanos como artefactos semánticos a través de las operaciones jurídicas. Esta crítica se extiende también al individualismo metodológico, elemento central de análisis de las relaciones sociales. Aplicando tal metodología, (Teubner (1997) ve a Hayek y Popper como dos de sus mayores defensores). Pensar la sociedad en términos de individuos en acción es no entender el carácter propiamente sistémico de toda relación social. En esta postura, podemos recoger una crítica al conductismo y a la elección racional en conjunto. En este orden de cosas, entenderíamos al derecho como:

un sistema autopoietico, lo que implica que sus operaciones son autorreferentes. El sistema del Derecho opera de manera autorreferente en el sentido que todas sus decisiones se refieren a otras decisiones del mismo sistema. Todo derecho, dice Luhmann, es tratado dentro del sistema del derecho como autoproducido y, dado que todo sistema social – y todo subsistema de la sociedad – es un sistema de comunicaciones, el sistema del derecho orienta sus comunicaciones por el código de conforme a derecho/no conforme a derecho. (Darío Rodríguez, 2002: 53)

¹³⁹ El estructural-funcionalismo del sociólogo norteamericano Talcott Parsons (1902-1979) fue una de las principales teorías sociológicas del siglo XX. Esta teoría pone énfasis en la relación estructural de la sociedad, en la que los agentes sociales producen las diferentes estructuras a través de sus interacciones. Parsons fue profesor de Luhmann.

De acuerdo a esta aseveración y a lo que he postulado con anterioridad, el derecho sí constituye un elemento autorreferente, en el sentido en el que contiene una racionalidad que configura su propio sistema y, epistémicamente, “crea” realidades determinadas; pero estas realidades, más bien, no pueden dejar de ser modos de interpretación para realidades concretas, es decir actos, acciones humanas. Lo que pretendo decir con esto, es que el derecho, más que “crear realidades”, lo que hace es dar parámetros de comprensión y juicio de tales realidades.

En este punto, resulta importante hacer una distinción básica en la incidencia del derecho sobre la sociedad: en primera instancia, estaría todo aquello, ya sea acto u omisión que sea susceptible de sanción; y en segundo lugar, todo aquello que es “permitido” o lo que estamos “obligados” a hacer. En el primer caso, el derecho juzga acciones ya realizadas que tienen relevancia porque son conocidas por la sociedad, es decir, todo acto jurídico es un acto en el que hay conciencia de un tercero externo a quien lo acomete y no puede ser de otra forma. En el segundo caso, el derecho pretende limitar actos con juicios previos sobre lo que nos es permitido hacer, pero, en sentido lógico, salvando ciertas excepciones técnicas, tal como dice Kant, el derecho no nos dice lo que nos es permitido, pues sería ampliamente contingente y jamás podría ser exhaustivo (pues me estaría permitida cualquier cosa que no esté prohibida, entonces el enfoque es, más bien, abordarlo desde la prohibición y no a la inversa). En ambos casos, hay acciones dadas o la acción de restringir actos los que dirigen a la sociedad. Solo de esta manera cobraría relevancia el aspecto comunicativo del derecho, pues se debe dar “conocimiento” social de los actos que trascienden el ámbito de lo privado y son públicos.

Esto guarda relación con una noción de sujeto particular que no es privativa del hombre moderno, en cuanto a su afirmación como individuo en sus acciones voluntarias y por ende conscientes. Conciencia, voluntad y acción son elementos constitutivos del derecho y la imputación en todos los tiempos (Aristóteles, Santo Tomás, Kant). La idea de conciencia y autodeterminación en el momento de los actos, implica que los actos juzgados son siempre individuales, pero obviamente se los juzga bajo marcos generales. Al dar conocimiento de un acto, éste pasa a ser un hecho de comunicación, pero se debe reconocer que los actos de comunicación solo son posibles si parten de *acciones concretas* sobre las cuales se construye un sentido posterior. La imputación de los actos solo puede darse bajo la interpretación de los mismos en un código de referencia que está conformado por el sistema jurídico.

Siguiendo a Foucault, Teubner (1997) nos recuerda la aseveración del constructivismo posmoderno de que el “hombre” (es decir los individuos) es un invento nuevo, una construcción contingente, y, como tal, su “condición” es susceptible de un proceso de deconstrucción discursiva. De acuerdo a Foucault, los individuos son comprendidos dentro de este marco conceptual que ve en el individuo a lo “real”. Dentro de lo que Teubner denomina constructivismo, Luhmann y Foucault nos revelan el papel en la construcción de la realidad que discurso y comunicación edifican, es decir, en la creación de elementos semánticos que tienen una intención de crear fundamentos trascendentales.

Ahora bien, mi crítica a esta postura parte de que confunden varias cuestiones. Al pensar a lo humano como una construcción contingente, se pretende superar los discursos ontológicos de la modernidad sobre los cuales se asienta el derecho moderno, a saber: racionalidad humana, producto de derechos inherentes, en los cuales la libertad se erige como

un imperativo inalienable.¹⁴⁰ El problema es una completa extrapolación de estos elementos, pues lo humano queda convertido en mero elemento semántico sin ningún tipo de referente concreto. La individualidad de lo humano parte de la propia condición biológica de individuos únicos, autónomos en su condición de sujetos cognoscentes y ciertamente influidos por su contexto, pero no como productos únicos de su contexto. Negar una condición ontológica discursiva propia de la modernidad, no puede llevar a negar la realidad biológica de los individuos en sus relaciones cognitivas con el mundo y los demás individuos; hacerlo es caer en un relativismo paradójicamente absoluto y que es el problema epistémico de las teorías epistémicas posmodernas como el constructivismo. Lo biológico también es considerado como otro discurso que no parte de ninguna realidad concreta. Los humanos somos animales que construimos relaciones de sentido complejas, pero que no nos sustraemos de tal condición natural. Incluso Luhmann reconoce que en el acto comunicativo, los efectos recaen sobre los principios cognitivos de los individuos, cuestión innegable. Por ende, lo humano no es estructuración suficiente de la individualidad, pues ésta parte de una realidad concreta y es la existencia cognitiva y autorreflexiva de nuestra existencia individual en la sociedad.

Otro problema es que de allí, la negación de una ontología del hombre moderno es confundida con la nulidad de la individualidad cognitiva propia de los seres biológicos (cuestión que no parece ser tema de las ciencias sociales y por ende queda en segundo plano), y que persiste una confusión entre el descrédito del individualismo metodológico como forma específica y particular de construcción epistémica en ciencias sociales, con lo “real”. Se confunde, por tanto, las construcciones epistémicas con los sujetos epistémicos. La simple aseveración de que el derecho es un “sujeto epistémico”, traslada los fenómenos psíquicos de los individuos a sus creaciones, lo cual es un despropósito, pero está articulado a la visión de Luhmann sobre la autopoyesis y a la autonomía del derecho. Ningún producto humano puede convertirse en “productor” en sí mismo, es la racionalidad jurídica la que crea los elementos que dan coherencia al sistema y tal racionalidad está expuesta a todo lo que le es ajeno como propio sistema y a su racionalidad, ya sea por fallos cognitivos, actos deliberados de no correspondencia, desconocimiento de los elementos del sistema, etc.

No existe ningún argumento claro en Teubner para suponer que un producto humano pueda convertirse en sujeto epistémico. Esta afirmación solo es comprensible a la luz de los actos comunicativos que suponen la autorreferencialidad del mismo, pero una autorreferencialidad que funciona como normatividad, como deber ser, pero que a su vez está supeditado a los fallos humanos de cualquier índole.¹⁴¹

¹⁴⁰ Si bien esta cuestión puede parecer ya superada, solo basta recordar en el ámbito en el que todavía se mueven los derechos humanos y los conflictos surgidos a partir de la expansión de los ideales liberales y democráticos occidentales por el mundo y la discusión sobre la relatividad cultural de los mismos. Quizá nadie considere seriamente la visión de una ontología humana en la racionalidad, los resultados de las mismas se siguen aplicando y son los principios que guían el derecho internacional y los derechos humanos (más allá de su aplicación efectiva o no). En ese sentido, resulta importante rescatar que ciertos valores adjudicados a los individuos (como el carácter de ciudadano o propietario privado, etc.) como naturales o constitutivos de la propia ontología humana, no son más que constructos históricos que ni han existido desde siempre ni son inalienables. Quizá parte de la ineffectividad de los derechos humanos se dé por ir precisamente en esa línea de tono idealista (en el sentido menos filosófico y más de “ingenuidad” del término).

¹⁴¹ El enunciado que ve al derecho como “sujeto epistémico” es aquel que sostiene que los discursos producen regularidades que a su vez regulan los elementos del sistema. La analogía de un sistema social, como el derecho, con un sistema como el de la biología (propio del pensamiento sistémico luhmanniano), que no permite la irrupción en el sistema de elementos que le son extraños, es totalmente inadecuada, pues precisamente va en contra del propio postulado discursivo de Teubner, y más bien se terminan naturalizando los productos de determinadas relaciones sociales.

El derecho “conoce” independientemente de las mentes de sus miembros, nos dice Teubner, pues el conocimiento individual está modelado por las instituciones sociales. Pues sí, el intento de superar el individualismo metodológico y todas las miserias que implica (elección racional, utilitarismo y egoísmo en todos los casos, etc.) no puede sostenerse sobre una entealequia que termina por convertir la condición de predicado del derecho en sujeto. Se puede entender que la idea de sistema en Luhmann es la conjunción de diferentes epistemes fragmentados y de sistemas dentro de sistemas con su propia lógica, pero el problema es que los actos sociales no son necesariamente iguales a los productos cognitivos. El derecho es un objeto epistémico, pues es cognoscible y guarda una racionalidad determinada en el que los elementos extraños no le son ajenos. Pensar de otra forma me parece análogo a la consideración de las externalidades de la economía clásica, que no pueden ser explicadas dentro del propio modelo, aunque sean más frecuentes que lo que se puede explicar por las lógicas internas.

Ahora bien, precisamente en esta analogía con la economía, me parece que se puede resaltar una diferencia radical. La racionalidad económica debe adecuarse a los fenómenos económicos; en cambio, el derecho es un sistema cerrado sobre sí mismo que no necesita de principios de adecuación, sino de pertinencia. El derecho no explica la realidad, pero tampoco pretende no guardar pertinencia con la realidad (no existen leyes contra los secuestros de Minotauros, por ejemplo). El derecho no se adecúa, pero busca ser pertinente. Así, como sistema racional, con una axiología determinada y clara, puede ser autorreferencial, pero tales productos están siempre sujetos a las capacidades cognitivas de los individuos concretos; precisamente por eso el derecho no puede ser ni puro ni apolítico ni autopoyético. El derecho está plagado de inconsistencias con su propia lógica y no siempre cumple la autorreferencialidad. Digamos que el derecho da pautas – en un sentido análogo a la lógica – de buen “pensar” y de buena “aplicación”, pero no siempre éstas serán cumplidas, porque, a fin de cuentas, es un producto de actos humanos, muchos de ellos fallidos.

2.4.3 El derecho como convención

¿Qué se entiende por convención? De acuerdo al trabajo seminal de Lewis (1968), una primera aproximación a lo convencional es aquello que difiere de lo natural. En esta primera característica general de las convenciones, vemos su carácter institucional implícito, pero también es una aproximación básica e incluso trivial (Ramírez Ludeña y Vilajosana, 2016). Una convención es una institución social con reglas normativas que crean coerciones y forjan conductas. Para la institucionalidad se parte de una relación entre el interés individual y formas de cooperación más estables (aquello por lo que se diferenciaría de una mera organización) (Mantzavinos, 2011).

Una convención se sostiene sobre un sistema de preferencias y expectativas. Por ello, una convención se acoge como medida artificial para solucionar los problemas de coordinación y cooperación. “According to Lewis conventions are established by ‘populations’ in order to solve recurring ‘coordination problems’” (Jameson, 1975: 73).¹⁴²

La coordinación y las reglas de juego establecidas por las convenciones son las que atraviesan de forma general las relaciones sociales en las que éstas se despliegan y constituyen puntos referenciales de sus participantes en las que no siempre existe conciencia del carácter de la convención. “En realidad, normalmente solo nos damos cuenta de que nos

¹⁴² Para el propio Jameson (1975), existen muchos problemas al ver de esta manera a una convención, pues no permite definir de forma concreta una definición ni la naturaleza de tal coordinación.

hallamos en presencia de una convención social cuando nuestras creencias o nuestro comportamiento chocan con ésta” (Miller Moya, 2009: 30). Las convenciones no son necesariamente acuerdos de todas las partes – como el caso del lenguaje –, sencillamente la participación en la convención permite un mejor desenvolvimiento y aminora los procesos (Lewis, 1968) o los costes (Chavance, 2012).

Lewis identifica ciertas cuestiones esenciales en lo que respecta a las convenciones, de acuerdo a ciertas características: “A regularity R in the behavior of members of a population P when they are agents in a recurrent situation S is a convention if and only if, in any instance of S among members of P,

- 1) Everyone conforms to R
- 2) Everyone expects everyone else to conform to R
- 3) Everyone prefers to conform to R on condition that the others do, since S is a coordination problem and uniform conformity to R is proper coordination equilibrium in S” (Lewis, 1968: 42).

Por lo expuesto se afirma que una convención intenta resolver problemas de coordinación que terminan por favorecer a los integrantes de P en S si se sigue R. Así, una convención no solo está compuesta por los elementos normativos de R, también por las prácticas y creencias de P, para seguir R en S.

Así, de acuerdo a la postura analítica de Lewis, nos hallamos ante una convención si es un sistema artificial de reglas que ayuda a resolver los problemas de coordinación. Por ello siguiendo a autores como Lewis, Schotter o Young, podemos definir a una convención como “una regularidad de hecho en el comportamiento de un determinado grupo debido a que supone la pauta de un comportamiento realmente seguido por dicho grupo en una situación recurrente de interacción social” (Miller Moya, 2009: 31). Lorena Ramírez Ludeña y Josep Vilajosana (2016: 13) tienen una posición similar: “Los hechos convencionales se caracterizan por la presencia de un comportamiento recurrente, por creencias acerca del mismo que constituyen una razón para seguir dicho comportamiento y por un conjunto de expectativas generalizadas a partir del conocimiento común de estas circunstancias”.

Pero qué podríamos decir del derecho. Incluso los autores iusnaturalistas o vinculados de una u otra forma al naturalismo jurídico ven al derecho como un producto convencional. A fin de cuentas, como dice Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, tanto el derecho como la política están en el reino del deber ser (son prescriptivos), pero también de lo potencial, porque son de una manera, pero podrían ser de otra, aunque partan de leyes naturales (necesarias). De esta forma, al menos en un sentido lato, el derecho es una convención artificial. El reconocimiento del derecho como una convención es general, compartiendo esta condición con otras instituciones como el gobierno, la justicia, moralidad, lengua, etc. (Rescorla, 2015).

Ahora bien, definiendo a una convención desde lo artificial, resulta simple pensar en el derecho como una convención, pero ¿constituiría una forma de coordinación, de qué tipo, cuál es la especificidad del carácter convencional del derecho?

Siguiendo la exposición de Lewis, las convenciones tienden a resolver problemas de coordinación. Ahora bien, la postura de la coordinación es un juego en el que se sacrifican compensaciones inmediatas y mayores por compensaciones a largo plazo. Los ejemplos de coordinación que da Lewis (conducir siempre por el mismo lado de la vía; o si se corta una

llamada entre A y B, uno de los dos debe esperar a que el otro tome la iniciativa porque de otra forma se cruzarán las llamadas) están tomados, generalmente, de la teoría de juegos. En estos casos, la reproducción del juego obedece a circunstancias simplificadas de índole analítica sobre el comportamiento previsible de los jugadores dadas unas expectativas y un tipo de equilibrio:

la coordinación de las expectativas y la formación de convenciones requieren que los jugadores estén de acuerdo en torno a usar algún principio para seleccionar un equilibrio... la convención requiere que los integrantes de una comunidad coloquen su atención en algún concepto deductivo derivado en parte de situaciones similares en juegos pasados y que usen dicho concepto para solucionar el problema de coordinación. En juegos estáticos puros de coordinación simétrica 2×2 , no existe nada en la estructura del juego que les diga a jugadores estrictamente racionales, poseedores de información común de lo que es una convención, cómo coordinarse en torno a la convención. En un ambiente evolutivo, la habilidad de los jugadores para recibir, decodificar y actuar sobre la información que obtienen en el curso del juego será limitada y, por lo tanto, también será limitada su capacidad de coordinarse entorno de algún principio para seleccionar un equilibrio, lo cual significa: 1. que los jugadores reaccionarán imitando a antiguos jugadores, 2. o que no todos los jugadores reaccionarán instantáneamente, 3. o que, cuando jueguen, cometerán errores y tendrán una capacidad limitada para procesar la información. (Mora, 2002: 4)

El problema general de la coordinación pasa por la forma de concebir el equilibrio (que no necesariamente es el mismo que el de equilibrio isonómico de la ley, podría tratarse de juegos de suma 0), del acceso a la información y de la forma de procesamiento del mismo. En general, resulta de difícil aplicación las nociones de convención, coordinación y cooperación de la ley, pues la síntesis analítica parte, generalmente, de la teoría de juegos. ¿Podríamos reducir la ley o su aplicación a un juego de cooperación o de suma 0? Para Lewis, la ley puede ser tomada como una convención; al igual que para Ross (1994) el derecho positivo puede ser entendido como un juego, pero más allá de la explicación básico o cierto contenido metafórico, ¿cuál sería el carácter de tal convención o juego aplicable al derecho?

La propia visión de la filosofía analítica recurre al uso de herramientas como la lógica modal, la teoría de juegos u otros instrumentos analíticos para entender ciertos postulados. Su ventaja analítica podría no empatar necesariamente con la adecuación y la complejidad de los fenómenos. Así, podría decirse que el carácter convencional del derecho podría reducirse a ciertos aspectos:

1) Su condición institucional, resaltada por distintos autores (Lewis, 1968; Rescorla, 2015). La relación entre preferencias, expectativas y acciones es lo que construye aquello que Lewis llama *self-perpetuating*, es decir, lo que podríamos denominar como lógica o racionalidad del sistema jurídico. Si nos atenemos a esta lógica, podríamos entender la posibilidad de reproducción continua del sistema; pero se debe atender al hecho de que si bien lo jurídico es un sistema, sería difícil pensar que es un sistema cerrado y coherente siempre.

2) Supongamos que los aspectos lógicos de funcionamiento del derecho son accesibles a todos los miembros de la convención; pero también aceptemos que el derecho es un producto amplio, de lenguaje tecnificado y no siempre coherente, ¿cómo actuar sobre ello, cómo los miembros de P, en S, se refieren a R? la respuesta, por supuesto, no necesariamente nos lleva a formas de coordinación, pues podrían

entender la lógica de la existencia de R, pero no el contenido de R en la acción o en la disputa.

3) El reconocimiento del carácter convencional en el sentido de “artefacto”, incluso para los propios iusnaturalistas o quienes ven en la justicia algo más allá que un mero producto humano.

4) En Lewis persiste la idea de que la cooperación paga más que la no cooperación, la convención coordina (aunque no necesariamente en tipos de equilibrio, sino en conflicto, como lo acepta Lewis); pero la persistencia a romper la convención por la obtención de beneficios inmediatos, ignorancia, etc. ¿qué nos dicen sobre tal convención? El carácter convencional no necesariamente podría remitirnos al de alineación de factores para el comportamiento y la normatividad.

5) El carácter convencional del derecho sí podría relacionarse a su condición de sistema práctico – normativo, es decir a que su racionalidad es normativa, aceptando, precisamente, los problemas de coordinación. Las soluciones a estos son una postura sobre la coordinación entendida como alineación de agentes con respecto a fines (paz social, justicia social, repartición, etc.), es decir, como normatividad en el deber ser.

2.5 A modo de conclusión

En este capítulo se ha hecho una breve revisión de ciertos temas primordiales que vinculan al derecho con aspectos sociales y políticos. Se trata del término “fuerza de ley” como factor que desde el idealismo de Leibniz o Kant, diferencia de forma radical a la coacción social que ejerce el derecho con cualquier otro tipo de fuerza ilegítima. La “fuerza de ley”, como fundamento jurídico, está anclada en el racionalismo, lo racional es lo correcto e impone ley, allí está la fuerza, lo demás es violencia pura, bruta e irracional. Este tipo de fundamento del derecho tiene obvias connotaciones metafísicas y se encuadra en las discusiones en torno a la filosofía práctica, cuyo significado no es reconocido por los positivistas lógicos, o es restringido a otros campos semánticos no referidos a la realidad (entendida como el conjunto de fenómenos que aborda la ciencia), como en el caso de expresivistas y emotivistas.

En este apartado se hace también un recuento de la posición desde la sociología del derecho sobre el rol fundamental como institución social del campo jurídico. Se critica postulados como el de Teubner, que ve al derecho como “sujeto epistémico” o el de Luhmann, que lo ve como “sistema autopoyético”, pues en ambos casos se resalta las funciones del lenguaje como creadora de realidad por encima de relaciones sociales concretas que producen al derecho. Se niega nuevamente la posibilidad de ver al derecho como una ciencia social, pues el tratar o aplicarse a la sociedad no es condición suficiente para la científicidad y para ingresar en la taxonomía de ciencias sociales, cuya raigambre puede también rastrearse en la propuesta de Dilthey de ver al derecho como parte de las ciencias del espíritu.

Otra cuestión fundamental es volver a situar el nacimiento de la discusión sobre la científicidad del derecho en Alemania, durante el siglo XVIII, y las confusiones que la aplicación del término alemán *Wissenschaft* da pie para denominar a un saber como científico. Se resalta el momento histórico en el que el decaimiento de la filosofía política contractualista

no es suficiente para legitimar la validez del derecho (se asume que validez y legitimidad son términos estrechamente vinculados para el caso) y por ello se recurre a la búsqueda de la legitimidad del derecho desde la ciencia. Para Bourdieu, el derecho se erige como campo de lo neutro (bien común, pretensión universal), tal como el imaginario social hace con la ciencia y el supuesto monopolio de verdad que ésta detenta.

Se hace también una crítica a la propuesta de Bernasconi de tomar a la comunidad de jurista como una comunidad de científicos en el sentido de Kuhn, pues apenas se detiene en la mera convencionalidad de la revisión por pares y no se ajusta a los criterios de racionalidad científica. También se trata brevemente sobre el problema de la convencionalidad del derecho desde Lewis, pero reconociendo que los criterios de su propuesta no son susceptibles de aplicar para un campo como el jurídico.

SEGUNDA PARTE

EL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO

En esta parte, se analizará el estatuto epistémico del derecho desde varias discusiones de la filosofía de la ciencia. Se parte del debate sobre el criterio de demarcación de la ciencia y las pseudociencias, cuestión central para crear un esquema estándar de análisis de la lógica y racionalidad de diferentes disciplinas, incluyendo la jurídica. Se pasa a una discusión acerca de la racionalidad y el método científicos con respecto la racionalidad jurídica. Se expone la cuestión de la normatividad y legalidad y ciertas características propias de la ciencia, para terminar con el problema de las ficciones científicas y jurídicas. En base a ello, se hace una aproximación al estatuto epistémico del derecho, recogiendo los diferentes aportes de este trabajo.



3 EL DERECHO VISTO DESDE LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA

3.1 Criterio de demarcación y pseudociencia

La preocupación por distinguir entre ciencia y pseudociencia, aunque es un tema antiguo, cobró particular relevancia con el positivismo lógico. Así, los miembros del llamado Círculo de Viena se preocuparon por sistematizar un método de distinción entre ciencia y metafísica o ciencia de lo que parece serlo. El uso más antiguo del término data de 1796, cuando en el *Oxford English Dictionary*, James Andrew llama a la alquimia “*fantastical pseudo-science*”. El uso de la palabra se vuelve frecuente a partir de 1880 y hace alusión a algo así como “mala ciencia” o “casi ciencia” (Hansson, 2015).

La discusión sobre la mala ciencia, falsa ciencia o casi-ciencia impone un problema aún mayor: si algo como la alquimia es una pseudo-ciencia, ¿qué es la ciencia? Los criterios de demarcación son una forma de responder a esta pregunta. Desde la Grecia clásica existen ya criterios que diferencian a la *episteme* de otro tipo de saberes. En la época Moderna, en el siglo XVI, a partir de los criterios elaborados por Francis Bacon, se ha construido una idea básica de ciencia, que se entiende como saber objetivo – no subjetivo ni metafísico –; que se puede someter a “comprobación”; que se expone de forma racional, lógica y coherente. Sin embargo, la verdadera dilucidación es propia del siglo XX con la epistemología contemporánea y la construcción de tales criterios de demarcación.¹⁴³ “This is often difficult since the specification of the value component tends to be controversial. This problem is not specific to pseudoscience but follows directly from a parallel but somewhat less conspicuous problem with the concept of science” (Hansson, 2015: s/p).

El conocimiento sistemático no puede ser un criterio de demarcación, pues existe otro tipo de exposiciones más o menos sistemáticas que no son ciencia y de las cuales la ciencia busca distinguirse a través de la demarcación. Podríamos decir que la filosofía metafísica, la religión o la dogmática jurídica son exposiciones sistemáticas que sin embargo no cumplen los otros criterios de demarcación. Las teorías científicas o no científicas siguen, más o menos, la misma forma explicativa (Woodward, 2014). A través de los estándares básicos como sistematicidad, comprobación, racionalidad, etc., resulta difícil hacer distinciones entre pseudociencia, *bad science* o lo no-científico [*non scientific*] (Hansson, 2015; s/p). El objetivo es poder crear un conjunto de criterios estándares, no solo para determinar lo que *prima facie*

¹⁴³ El problema de demarcación, con su forma más o menos modernos, ya fue planteado por Hume y, como hemos dicho, estaba presente, de alguna manera en Bacon, en el sentido de distinción entre la ciencia y la metafísica a través del método. Popper (1934/1980) cree que la demarcación en cuanto tal es el gran problema de la teoría del conocimiento kantiana.

no es científico, sino además determinar cuándo una teoría es aceptable, frente a otra que, por generar inconsistencias internas o dar únicamente explicaciones *ad hoc* y no aportar predicciones exitosas, o incluso por ser sistemáticamente disconfirmada por la experiencia, por lo que acaba por ser inaceptable, rechazada o considerada como “falsa”.

Sin embargo, existen muchas teorías que terminaron por ser rechazadas, pero que en su momento cumplían los criterios de científicidad (eran racionales, coherentes, etc.). Por ejemplo, la famosa teoría de Tycho Brahe, con el tiempo, terminó por ser considerada como falsa, pero su *racionalidad* y coherencia se exponía en términos similares a los de Copérnico y, en tiempo, tuvo mayor aceptación que la del polaco¹⁴⁴. Digamos que la teoría de Tycho Brahe no podría ser considerada como pseudociencia, porque ésta cumplía con los estándares de científicidad de su tiempo y era algo más que “bad science” o falsa-ciencia. La pseudociencia lo es porque no se atiene a los criterios de científicidad, pero aparte de ello, es espuria, falsa, engañosa. Hansson cita la definición dada por el *Oxford English Dictionary*: “A pretended or spurious science; a collection of related beliefs about the world mistakenly regarded as being basic on scientific method or as having the status that scientific truths now have”; así que, por lo general, se entiende como “non-science posing as science” (Hansson, 2015: s/p), por lo que hay una intención fraudulenta, una pretensión de hacer ciencia, aunque no cumpla con los mínimos criterios de demarcación. En la mayoría de casos sus proponentes intentan crear la impresión de que es científica (Hansson, 2015).

Opuesta a esta forma espuria, probablemente, el criterio de valor más importante es lo que podríamos llamar “voluntad de verdad”¹⁴⁵ de la ciencia. Sin embargo, el concepto de verdad impone problemas todavía mayores, pues a partir de las discusiones sobre la condición nómica de los juicios sintéticos de la ciencia actual, centradas en el inductivismo, verificacionismo, falsacionismo, la idea de correspondencia, etc., Carnap, Popper, Tarski y otros han formulado condiciones que no han servido realmente para lograr un consenso filosófico en torno a la definición de verdad.¹⁴⁶ A esto hay que añadir las discusiones sobre las distintas concepciones, realistas y antirrealistas, sobre la verdad, la disputa entre coherentistas y defensores de la teoría correspondentista (véase Young 2013 y David 2015 para un primer acercamiento¹⁴⁷), así como las dificultades con la propuesta deflacionista (véase Horwich 1998¹⁴⁸). Para la ciencia empírica, se busca formular criterios de adecuación para juicios

¹⁴⁴ Tycho Brahe (1546-c.1601). El astrónomo checo participó activamente en la disputa entre las teorías heliocéntricas y geocéntricas. Una de las principales objeciones al heliocentrismo era que al moverse la tierra alrededor del sol, cada seis meses (por la modificación de la órbita), debían observarse modificaciones en el paralaje estelar. Pero esto no se observaba. Siguiendo a Aristarco (III a.C.), quien ya sostuvo una forma de heliocentrismo, Copérnico defendió la idea de que el radio de la órbita terrestre era despreciable en relación a la distancia en la que estaban las estrellas y calculó en 200 veces más el tamaño del Universo. Tycho se opuso a la explicación de Copérnico (que resulta ser falsa en los estándares actuales, aunque el heliocentrismo sea más “cierto” que el geocentrismo) y propuso un sistema mixto en el que la tierra permanecía fija, con la Luna y el Sol girando alrededor de la Tierra y los demás planetas girando alrededor del Sol, manteniéndose la ausencia de paralaje (Díez y Moulines, 1997: 64-65).

¹⁴⁵ Uso a propósito un término que Michel Foucault (2002) le adjudica a la tradición de las grandes verdades platónicas, que para él triunfaron sobre la negación sofista de tales verdades y que, en el vocabulario común, han devenido en falacias (sofismas). Uso estas dos palabras sin tomar partido por la visión foucaultiana que ve al discurso como constructor de realidad, y que lleva a los relativistas a ver a la ciencia como otro discurso más, y más bien quiero resaltar tal posición ética e incluso metafísica del quehacer científico.

¹⁴⁶ La cuestión de la verdad en la ciencia es una de las definiciones más problemáticas y es quizá un elemento central alrededor del cual gira toda la filosofía de la ciencia. El falsacionismo, la abstracción, la idealización, los objetos abstractos, etc., se piensan en relación a esa intuición general de verdad como lo “existente en el mundo exterior fuera de nuestra mente”.

¹⁴⁷ J.O. Young (2013): “The Coherence Theory of Truth”, en E.N. Zalta (ed.): *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, M. David (2015): “The Correspondence Theory of Truth”, en id. Véase además Horwich (1998).

¹⁴⁸ Horwich, P. (1998): *Truth*, Oxford: Clarendon Press.

sintéticos; mientras en las ciencias formales como la lógica, la noción importante no recae en cuestiones como la adecuación, comprobación, confirmación, etc., sino en la validez de la estructura argumentativa (estrictamente, la cuestión de la verdad queda relegada a un segundo término, por mucho que sea un concepto fundamental para la semántica).

Dentro de esta “voluntad de verdad”, Popper ve el legado, racionalidad y método de los grandes trabajos científicos como el elemento central de la ciencia: “Es la obra de los grandes científicos lo que tengo como paradigma de la ciencia” (Popper, 1974/1995: 131).¹⁴⁹ El trabajo científico sobrepasa lo meramente discursivo, es un compromiso ético de los “grandes hombres”.¹⁵⁰ Precisamente los elementos éticos y epistémicos son los que entran en juego en los criterios de demarcación, pues, como nos dice Hansson (2015), el problema de la pseudociencia no tiene únicamente implicaciones epistemológicas, sino que atraviesa los ámbitos de lo público y lo privado, de la moral y la política.

Tal “voluntad de verdad” es un móvil importante, pero que en rigor nos dice poco. Popper sostiene que se puede establecer una relación entre las teorías de Kepler, Newton y Einstein (teniendo a la última por referente). La relación entre estas teorías es de aproximación entre unas y otras y de mejora sucesiva. La primera es una gran aproximación de la segunda y la segunda de la tercera.¹⁵¹ Todas tuvieron un gran éxito predictivo, y se aproximaban mucho entre ellas (por obvias razones, las posteriores partían de las anteriores) y estaban incorporadas al acervo científico, aunque en estricto rigor, eran falsas (menos la de Einstein, al menos provisionalmente), por lo que en sentido estricto “no es su veracidad la que decide la índole científica de una teoría” (Popper, 1974/1995: 133). Sin embargo, después de los procesos experimentales necesarios, se puede decir que esta teoría es una “aproximación fantásticamente buena a la verdad” (p. 131); y, por tanto, en una simplificación, en el caso de la ciencia empírica, lo que la distingue de la no ciencia es “*la disposición a buscar pruebas y refutaciones*” (p. 135) (como Einstein para el caso de su teoría).

Aunque éste es el eje del criterio de demarcación a lo largo de su filosofía de la ciencia, con el tiempo, Popper introduce varias observaciones y mejoras, pero sigue considerando que cualquier demarcación debe ser muy *general* (Popper, 1974/1995: 136), pues de otra forma, adquiriría el “esencialismo” de las definiciones y perdería el dinamismo propio de cualquier ciencia, debido a la propia apertura de las mismas.

El sistema de demarcación popperiano es un criterio que permite distinguir a las ciencias empíricas de la metafísica (Popper, 1934/1980: 34) y se distingue de los positivistas lógicos en que ésta no busca un criterio de significación. Para los positivistas lógicos, como veremos, el criterio de significación es vital. Las aserciones que no se refieren a “hechos” en el mundo (como la metafísica), no tienen significación alguna (pues trataríamos de juicios sintéticos), no nos dicen nada. Para Popper, su criterio de demarcación no es de significación, pues incluso acepta que la metafísica puede contribuir con importantes postulados para la ciencia.

¹⁴⁹ A más de los grandes científicos y otros menores, Popper dice: “Estoy dispuesto a considerar entre ellos a muchos de sus menos brillantes ayudantes que se dedicaron igualmente a buscar la verdad, la gran verdad. Pero no cuento entre ellos a aquellos para quienes la ciencia no es más que una profesión como cualquier otra, una técnica...” (p. 131). Popper toma partido por esta necesidad trascendente por el conocimiento cierto sobre el mundo.

¹⁵⁰ El prototipo de gran hombre en el que piensa Popper, es Kepler, quien tuvo que aceptar sus tres famosas leyes muy a su pesar, dado que se derivaban de sus observaciones, es decir, “someterse” a la verdad aunque contradijeran sus creencias.

¹⁵¹ En la historia de la ciencia, es archiconocida la comprobación de Eddington de las predicciones de la teoría de la relatividad general. Para Popper, lo encomiable es la actitud de Einstein, de no dar por cierta a su teoría hasta que sea comprobada empíricamente. Han pasado cien años y sigue teniendo la vigencia provisional que desde el primer falsacionismo popperiano se adjudicó a las teorías científicas.

El criterio de demarcación popperiano implica: a) apertura a la comprobación, b) grado de comprobabilidad de las teorías; por lo que Popper propone hablar de “*sistemas teóricos o sistemas de declaraciones o aseveraciones*” (Popper, 1974/1995: 137), que conlleva a que la falsabilidad de un sistema sea difícil de establecer para las aseveraciones particulares y más bien se aplique a toda la teoría o a un conjunto de postulados.¹⁵² Popper llama a su criterio una “*propuesta para un acuerdo o convención*” (Popper, 1934/1980: 37).

Este sistema es un conjunto teórico empírico que ha de satisfacer tres criterios: a) sintético – pues debe explicar los mundos posibles de forma no contradictoria; b) el criterio de demarcación – es decir no metafísico y sí empírico; c) debe distinguirse de otros sistemas semejantes, porque quiere explicar el mundo de una manera más satisfactoria o “cercana” a la realidad (Popper, 1934/1980: 38).

En Popper, el asunto primordial de la demarcación, que vincula a la teorización con los medios de corroboración, parte del intento de refutar al empirismo decimonónico y al primer verificacionismo del Círculo de Viena, por el cual la verificación y la inducción constituyen la base para considerar a un conocimiento como científico.¹⁵³ Para Popper, este es un procedimiento falaz, pues no se pueden hacer generalizaciones teóricas de casos particulares, y por ello, corroborar casos no es un criterio adecuado de demarcación (Popper, 1934/1980: 34).

Por esto, la epistemología de Popper rechaza el criterio de verificación y con el de confirmación, éste último conectado a la lógica inductiva, y propone su criterio basado en la falsabilidad o falsación (*falsifiability*). Se rechaza el criterio de verificación porque para Popper resulta ingenuo pensar que se puede verificar un conjunto complejo de hechos y esto implica la exclusión de hipótesis generales o universales. Por otra parte, Popper es un antiinductivista porque no existe forma de establecer la probabilidad de verdad de una teoría.

En especial, la lógica inductiva ha sido elaborada en el sentido de que puede adscribir a los enunciados, no sólo los dos valores de «verdadero» y «falso», sino, asimismo, grados de probabilidad: tipo de lógica que cabe llamar «*lógica probabilitaria*». Según aquéllos que creen en esta lógica, la inducción debería determinar la probabilidad de un enunciado; y habría un principio de inducción que, bien nos daría la seguridad de que el enunciado inducido es «probablemente válido», bien nos daría la probabilidad que fuese acerca de ello (ya que el principio de inducción podría, a su vez, ser nada más que «probablemente válido»). Pero, en mi opinión, todo el enfoque del problema de la probabilidad de hipótesis es erróneo: en lugar de discutir la «probabilidad» de una hipótesis deberíamos tratar de averiguar qué contrastaciones, qué pruebas ha soportado; esto es, tendríamos que intentar la averiguación de hasta qué punto ha sido capaz de demostrar que es apta para sobrevivir —y ello por haber

¹⁵² En este punto, Popper pone atención sobre el peligro de las definiciones dentro de las teorías, que vuelven no falsables a ciertas propuestas. Popper da dos ejemplos, tomaré uno de ellos: un biólogo asevera que todos los cisnes son blancos; si se halla uno negro, quien lo afirma podría decir que no todavía se ha refutado su teoría, aduciendo que son otro tipo de aves y no cisnes, porque parte de ser cisne es ser blanco necesariamente. Esto implica que esto no sería una aseveración científica, porque sería una tautología, para ser cisne necesariamente habría que ser blanco y la característica – el ser blanco – sería parte de la definición. Este ejemplo es muy cercano a los propuestos por Carnap sobre la necesidad de separar condiciones objetivas de comprobación de las definiciones.

¹⁵³ En principio, Carnap propone su criterio de verificabilidad. Posteriormente, algunos autores como Ayer o Pap hablaron de verificación parcial, al aceptar la imposibilidad de una verificación completa de los fenómenos comprometidos en una teoría. Después, como veremos, se pasa al criterio de confirmabilidad, que es una especie de verificación de grado, en el que la probabilidad de que una teoría sea más cierta que otra obedece a que una mayor cantidad de sus elementos han pasado por confirmaciones.

salido indemne de las contrastaciones —. En resumen, deberíamos disponernos a averiguar en qué medida está «corroborada». (Popper, 1934/1980: 234)

Popper explica que introduce los términos “corroboración” y “grado de corroboración” para hacer frente a los problemas que devienen de la probabilidad, pues al no ser cuantificable, resulta inabordable.

El verdadero criterio es resistir a la contrastación; los enunciados universales (las teorías) no pueden jamás ser verificados empíricamente, por ello, la convención no debe centrarse en verificar enunciados, sino en falsarlos: “no exigiré que un sistema científico pueda ser seleccionado, de una vez para siempre, en un sentido positivo; pero sí que sea susceptible de selección en un sentido negativo por medio de contrastes o pruebas empíricas” (Popper, 1934/1980: 36).

Los sistemas empíricos deben poder ser falsables porque se los puede contrastar con la experiencia. Para ver lo que quiere decir Popper, podemos ilustrarlo con el típico ejemplo usado por Popper (1934/1980) para explicar cuándo un enunciado es claramente no empírico: “mañana lloverá o no lloverá”, el cual no es empírico, porque ambos componentes de la proposición disyuntiva son posibles y si sucede *a* o no *a* se cumplirá de todas formas el enunciado. Un enunciado empírico es más simple y deberá cumplir el principio sintético de no contradicción. Así, por ejemplo, el enunciado “lloverá aquí mañana” es claramente empírico en virtud de su falsabilidad, pues hay una experiencia que puede confirmar o disconfirmar este enunciado. A partir de aquí, Popper establece que una teoría es falsable si de ella pueden deducirse enunciados singulares contrastables con la experiencia (los llama “hipótesis falsadoras”). Más concretamente, Popper llama “enunciados básicos” a aquellos enunciados singulares existenciales que, en virtud de ser aceptados, son la piedra de toque de la falsación. Hay que distinguir claramente entre falsabilidad (mera propiedad lógica de los enunciados y conjuntos de enunciados) y la falsación (o propiedad de una teoría que esta tiene cuando, una vez aceptados enunciados básicos disconfirmadores de la teoría en cuestión, consideramos que la misma ha sido refutada y, por tanto, debe ser rechazada). Así, la falsabilidad es el centro del criterio de demarcación popperiano, que otorga a las teorías no falsadas una validez provisional.

Varios de los aspectos centrales de la teoría popperiana de la ciencia se articulan alrededor del problema de la crítica de raíz humeana al inductivismo, que conlleva la crítica a la etapa verificacionista del positivismo lógico, la refutabilidad en el falsacionismo y la noción de verosimilitud como postulado de su visión del realismo en la ciencia (el llamado realismo crítico). La sencilla crítica popperiana al verificacionismo parte de la imposibilidad de verificar todas las instancias de una teoría y todos los elementos observables que pueden abarcar el conjunto de tales instancias. Para Popper, la regla metodológica de la *uniformidad de la naturaleza*, por la cual se tiende al inductivismo, se confunde generalmente con la *invarianza de las leyes de la ciencia*, y tiene una raíz más bien metafísica, porque nada nos lleva a pensar, en términos lógicos, que no hay modificaciones en los sucesos naturales, cuyos cambios deberán ser explicados a través de las leyes conocidas (1934/1980: 239). El inductivismo no es posible sin tal compromiso metafísico de uniformidad e invarianza. Por el contrario, la falsabilidad es la alternativa tanto a la verificación como a la confirmación (segunda etapa de Carnap). A través de la falsación, que funciona como un *modus tollens*, se sigue un esquema del tipo siguiente: 1) establecimiento del problema; 2) solución tentativa a través de hipótesis o teorías; 3) contrastación; 4) corroboración de las instancias. La

falsabilidad permite que nuestro conocimiento sobre el mundo mejore cada vez más – cuestión del progreso de la ciencia en Popper (Jaramillo Echeverri y Aguirre García, 2004; Niinluoto, 2015). La falsabilidad permite mejorar nuestro conocimiento, ya sea con la refutación de ciertas teorías falsas o la refutación de ciertas instancias de las mismas. Para Popper, mientras las teorías pasan más test, de forma más rigurosa, adquieren un mayor grado de corroboración, pero esto no es una confirmación, lo que nos lleva a suponer de forma racional que nuestro conocimiento se “aproxima a la verdad”, pero no que la alcanza, pues para Popper “la ciencia es un conocimiento hipotético y conjetural” (Jaramillo Echeverri y Aguirre García, 2004: s/p).

Otra objeción importante de Popper es que las teorías no pueden tener un grado de probabilidad sobre su grado de cercanía con respecto a la verdad. Se entiende que la verdad o falsedad de una teoría son casos límite de probabilidad, todo o nada¹⁵⁴. No se puede confundir la probabilidad de ocurrencia de un evento con la probabilidad de las proposiciones hechas sobre tal evento (digamos, las hipótesis), esta confusión lleva, además, al desconocimiento de con respecto a qué se puede considerar que algo es probable en términos cuantitativos, pues no se puede conocer los límites para hacer tal relación: “si se intenta reducir la idea de probabilidad de hipótesis a la de frecuencia veritativa —que emplea el concepto de sucesión de enunciados—, se encuentra uno frente a frente con la siguiente cuestión: ¿con referencia a qué sucesión de enunciados puede asignarse un valor probabilístico a una hipótesis?” (Popper, 1934/1980: 239). Popper rechaza la probabilidad, por la confusión entre teorías y entidades representadas en tales teorías y por la imposibilidad de establecer una probabilidad cuantitativa pues no existen puntos referenciales para establecer tal relación. Para Popper, igual que no hay un método de encontrar la verdad, tampoco lo hay para determinar su probabilidad (rechazo de la lógica inductiva de Carnap). Además, Popper concibe el grado de falsabilidad de una hipótesis como inversa de la probabilidad (cuanto más falsable menos probable).

En la teoría popperiana, se pueden reconocer dos momentos sobre el problema de la verdad. El primero, expresado en la *Lógica de la investigación científica* de 1934, en el que rechaza los conceptos de “verdadero” y “falso”. Sin embargo, por el influjo posterior de Tarski, en *Conjeturas y refutaciones* de 1963, adopta una posición más cercana a la de la verdad como correspondencia de las teorías con las instancias observables en los enunciados científicos. La base del realismo crítico o no esencialista de Popper está en la idea de que las teorías científicas tienen un carácter conjetural, pero que esto no implica una posición instrumentalista o antirrealista con respecto a las teorías, pues los enunciados, al guardar correspondencia con la realidad son susceptibles de entenderse objetivamente. La verdad en Popper es una idea más regulativa que constitutiva sobre el conocimiento científico; por ello, en la misma línea de la falsabilidad, se introduce una visión de verosimilitud. La ciencia busca teorías cada vez más satisfactorias, más verosímiles, que nos dan una mayor idoneidad explicativa, aunque no se hable de confirmación en términos de verdad (Arenas-Dolz, 2003: 234). El carácter provisional de las mismas es parte de la propia lógica progresiva de la ciencia.

Otro criterio de demarcación relevante dentro de la filosofía de la ciencia es el de Rudolf Carnap. Carnap pensaba en la utilidad trascendente del análisis lógico como forma de ordenar las afirmaciones que hacemos en cualquier plano de la vida, y, sobre todo, las científicas. El

¹⁵⁴ Esta forma de entender las teorías científicas, al todo o nada es una de las críticas de Lakatos a lo que llama “falsacionismo ingenuo”.

trabajo de Carnap, alrededor del denominado “Círculo de Viena”, da pie al “análisis lógico de la ciencia” o, de forma más precisa, “al análisis sintáctico del lenguaje científico” (Carnap, 1932/1993). Al menos, podemos reconocer dos momentos en el pensamiento de Carnap, uno “verificacionista” y uno “confirmacionista”.

Para establecer sus criterios de demarcación en su etapa “verificacionista”, Carnap piensa a la filosofía en tres campos interrelacionados entre sí: metafísica, psicología y lógica. Así, Carnap toma la parte lógica para establecer una filosofía de la ciencia que posteriormente se conocerá como “teorías sintácticas de la ciencia” o análisis sintáctico de las teorías científicas, que comprende a las teorías como un conjunto de enunciados que establecen relaciones axiomáticas y deductivas (Suppe, 2000; Guerrero Pino, 2007; Frigg y Hartmann, 2015). “La función del análisis lógico consiste en analizar todo el conocimiento, toda aseveración de la ciencia o de la vida cotidiana, a efecto de clarificar el sentido de cada una de esas aseveraciones y las conexiones entre ellas” (Carnap, 1932/1993: 7). Ahora bien, una de las tareas es hallar el método de verificación de estas proposiciones, es decir, que no solo se tendrá en cuenta la suficiencia lógica de la estructura argumentativa, sino la verdad de los enunciados. ¿La pregunta de Carnap es cómo se puede comprender la verdad o falsedad de tal proposición?

¿Cómo se verifica lo que se dice del mundo? Para ello, Carnap hace una distinción entre verificación directa e indirecta. La verificación directa es más sencilla, y es en la que la aseveración se refiere a algo directamente verificable como: “yo veo una silla” (aunque puede conllevar a discusiones sobre la verdad de la percepción y abre el problema a una discusión psicológica)¹⁵⁵. Pero la mayoría de aseveraciones que interesan a la ciencia son del segundo tipo, son indirectas. Para Carnap, la verificación de una aseveración como “esta llave está hecha de hierro” es posible si conlleva a pensar el problema en un marco más amplio de conocimiento y podemos “demostrar” lo dicho a través de otros presupuestos. Por ejemplo, si asumimos que la llave está hecha de hierro y sabemos que los imanes atraen a este tipo de material, y ponemos un imán y la llave es atraída, podemos empezar a suponer que la aseveración es correcta, aunque falten muchos más criterios para verificarla, pero, al menos, pasó uno de los escollos más importantes. “Si en esas y otras investigaciones todos los casos resultan ser positivos, la certidumbre de la proposición crecerá gradualmente” (Carnap, 1934/1998: 9). Mas, como siempre puede haber un caso de refutación en el futuro, nunca una aseveración puede estar completamente verificada, por lo que es una hipótesis y depende de su grado de probabilidad. Aquí hay un punto de cercanía y a la vez de distancia con Popper. Las dos posturas aceptan la imposibilidad de tener certezas absolutas sobre los enunciados, pero en Popper, el “grado de cercanía” no constituye ningún criterio de científicidad pues, según Popper, los positivistas lógicos no tuvieron éxito en establecer las formas de tales condiciones probabilistas.

Volviendo al ejemplo de Carnap, como se puede ver, para superar tales escollos, es necesario enfocar el problema a un campo más amplio que presupone el conocimiento de ciertas propiedades de la materia, es decir, referirnos a otras aseveraciones que se han hecho sobre el mundo, a teorías científicas; en este caso, a las propiedades electromagnéticas de los materiales. Mientras más universal es la aseveración - las propiedades electromagnéticas de los materiales-, los posibles casos de refutación crecen. Pero, es en el contexto de las aseveraciones generales sobre el mundo (aquellas *leyes naturales*) en donde lo dicho debe ser

¹⁵⁵ Carnap define a la epistemología como una conjunción entre los factores lógicos y psicológicos de la percepción y comprensión del mundo.

susceptible de observarse o de predecir efectos observables (en un sentido no literal de observación). Si no es así, si alguien propone algo que no puede observarse, ya sea directamente o a través de sus efectos, “su aseveración no es realmente una aseveración; no habla acerca de nada; no es sino una serie de palabras huecas; simplemente carece de sentido”, y Carnap agrega: “Es cierto que él puede tener imágenes y aun estados de ánimo relacionados con sus palabras. Este hecho puede tener relevancia psicológica; pero lógicamente es irrelevante” (Carnap, 1932/1993: 9). De una aseveración empírica se deben deducir proposiciones perceptivas que sean susceptibles de verificación.¹⁵⁶ Mientras la verificación directa es empírica, la indirecta es lógica, pues se debe deducir de un marco más general que permita la interpretación, como en el ejemplo de la llave y el imán.

Por tanto, el criterio de demarcación de Carnap, enfocado en la verificación, quiere diferenciar a aquellas proposiciones susceptibles de experimentarse de aquellas de la metafísica que están más allá de toda experiencia posible. Toda proposición científica debe ser lógicamente relevante en el sentido en el que se refiera, en primera instancia, a algo en el mundo y que este algo tenga una regularidad que permita proponer efectos o predicciones sobre sucesos similares.

A partir de su artículo “Testability and Meaning” de 1936, Carnap abandona el verificacionismo de los años previos y adopta una posición confirmacionista.¹⁵⁷ “If by verification is meant a definitive and final establishment of truth, then no (synthetic) sentence is ever verifiable, as we shall see. We can only confirm a sentence more and more. Therefore we shall speak of the problem of *confirmation* rather than a problem of verification.” (Carnap, 1936: 420)

Carnap reconoce los problemas del verificacionismo entendido como un método de establecer de forma “definitiva” la verdad sobre un postulado sintético; en cambio, en la confirmación se reconoce la posibilidad de contrastar una hipótesis en varias de sus instancias, pero jamás en todas ellas (las cuales tampoco son mesurables como para conocer el número total de instancias a evaluar).

En el verificacionismo, el significado de las proposiciones solo existe si éstas pueden ser verificadas (lo que constituye una crítica fundamental a la falta de significado de las proposiciones metafísicas), con la confirmación se crea un criterio más laxo, que no sacrifica la postura anti-metafísica, pues con la verificación no solo se excluyen oraciones metafísicas, sino buenas teorías científicas con significado factual que no pueden ser verificadas en sentido estricto (Carnap, 1936: 421).

Entonces se hace una relación entre comprobación o evaluación (*testing*) y confirmación (*confirmation*) para sustituir a la verificación. Una hipótesis es comprobable si se conoce un método para que lo sea (algo similar al postulado de “hipótesis falsable”, debe haber instancias sujetas a comprobación empírica). Una oración puede ser confirmable sin ser evaluable por sus instancias lógicas y no solo empíricas. Así, Carnap reemplaza la

¹⁵⁶ Carnap aclara que para la percepción las imágenes no son necesarias, como en el caso del campo electromagnético o gravitacional, pero de esta aseveración se pueden derivar proposiciones perceptivas, como “la llave será atraída por el imán” o “el cuerpo caerá”.

¹⁵⁷ Carnap trabajó luego en una teoría cuantitativa de la confirmación basada en la noción lógica de la probabilidad, siendo su principal fruto, el libro publicado en 1950 *Logical Foundations of Probability*. Luego se orientó más hacia una interpretación subjetiva de la probabilidad, pero en la línea de la teoría cuantitativa de la confirmación.

verificación: “Thus, instead of verification, we may speak here of gradually increasing *confirmation* of the law” (Carnap, 1936: 425). Con la comprobación o evaluación de las instancias, crece la probabilidad de que una oración sea confirmada. Carnap recalca la tesis de Reichenbach de que el grado de confirmación de una hipótesis puede ser interpretado como grado de probabilidad, pero en cierta sintonía con Popper, aclara: “it seems to me that at present it is not yet clear whether the concept of degree of confirmation can be defined satisfactorily as a quantitative concept, i.e. a magnitude having numerical values” (Carnap, 1936: 427).

Para Carnap, si una teoría, como un conjunto de proposiciones u oraciones tiene más instancias comprobables, se establecen mejores medios de confirmación de tales instancias, lo que incrementa la posibilidad de que una teoría esté más confirmada que otra, pero solo en relación a ella y no en términos absolutos como en el caso de la verificación. Este nuevo criterio de cientificidad, resuelve de cierta manera el problema del inductivismo en el que cae el verificacionismo, además comporta una idea más laxa de la “verdad” de las teorías científicas y empieza a entenderlas en términos comparativos entre ellas.

Otro criterio de demarcación al cual nos referiremos es el de Imre Lakatos. El autor húngaro desarrolló una de las críticas más relevantes al falsacionismo popperiano, proponiendo un nuevo criterio llamado “falsacionismo sofisticado”. Lakatos somete al falsacionismo “ingenuo” de Popper a su propia lógica. “Lakatos examina las debilidades del falsacionismo, contrastando la lógica interna con la posible confirmación empírica que la podría apoyar; dicho examen lo conduce a formular un metacriterio para evaluar al falsacionismo, de acuerdo a la lógica del criterio popperiano de demarcación” (Toledo Nickels, 1999: 51). La idea es sustentar de forma empírica, en el desarrollo histórico de la ciencia, la propuesta de la primera teoría de falsación, puesto que es la comunidad científica a través de ciertos acuerdos mínimos sobre los métodos de evaluación de las teorías, las que deben establecer un criterio de demarcación. De esta forma, existe un principio empírico, pero también de convencionalidad científica sobre qué es lo empírico y cómo ha de evaluarse.

Lakatos, en la línea de Carnap y Popper, reconoce cierto espíritu escéptico como un eje primordial de la ciencia para poder someterse a revisión constante. Lakatos exige la definición de aquello que se conoce como “razonamiento experimental” (Lakatos, 1979: 10) para poder establecer si los criterios de experiencia o verificación son suficientes para la demarcación entre ciencia y no ciencia. Lakatos nos dice que “no se puede derivar válidamente una ley de la naturaleza a partir de un número finito de hechos, pero la realidad es que aún podemos leer afirmaciones en el sentido de que las teorías son probadas por los hechos” (p. 11).

¿Por qué? se pregunta Lakatos. Porque es el reconocimiento de la comunidad lo que lleva a los científicos a buscar que sus teorías puedan entenderse en un marco general de análisis en el que la verificación empírica o la falsación han sido los paradigmas en los que se mueve la comunidad. Nos dice que hay un criterio metafísico tomado de la teología en la ciencia, de que lo que se afirma debe ser probado más allá de cualquier duda. Por ello, de forma ingenua se asevera que todo conocimiento científico debe probarse, pero la mayoría de nuestras certezas científicas no han llegado a ello. Entonces, ¿cuál es el verdadero criterio de demarcación?¹⁵⁸

¹⁵⁸ “Una teoría puede ser científica incluso si no cuenta ni con la sombra de una evidencia favorable, y puede ser pseudocientífica aunque toda la evidencia disponible le sea favorable” (Lakatos, 1979: 12).

Lakatos refuta a Popper en la ética sobre la apertura total de los científicos a la comprobación y a abandonar sus teorías de no ser comprobadas:

Popper – dice Lakatos – ingenuamente creía que los grandes científicos están dispuestos a abandonar sus teorías si estas son refutadas, pero esa creencia se debe a una concepción de la ciencia fundada en un antihistoricismo militante que no corresponde al desarrollo de la ciencia real y le impide – a Popper– aceptar que la racionalidad observada por los científicos, en muchos de los aspectos más impresionantes del crecimiento de la ciencia, es muy diferente de aquella prescrita en los manuales. (Toledo Nickels, 1999: 52).

Por ello, Lakatos reivindica el aspecto de la probabilidad de las teorías en la confirmación. Si es cero es no científica, si es alta, es científica. Esto, nos dice Lakatos, nos da una escala continua de probabilidades sin recurrir al todo o nada del falsacionismo popperiano. Para Lakatos, una teoría o una hipótesis no es abandonada, de plano, si no se han superado los primeros problemas predictivos en la experimentación; más bien, se sigue tratando de explicar las anomalías, lo que sería, en criterios del empirismo ingenuo, llevar al extremo de construir hipótesis auxiliares *ad hoc* o *ex post*. Sin embargo, esto no lleva a considerar a las teorías científicas como un conjunto *acomodaticio* de hipótesis y teorías que se van ajustando a lo que se *observa*, sino que constituye una especie de método de calibración que permite dar con la explicación heurística propia de la ciencia.

El criterio de Popper ignora la notable tenacidad de las teorías científicas. Los científicos tienen la piel gruesa. No abandonan una teoría simplemente porque los hechos la contradigan. Normalmente o bien inventan alguna hipótesis de rescate para explicar lo que ellos llaman después una simple anomalía o, si no pueden explicar la anomalía, la ignoran y centran su atención en otros problemas. (Lakatos, 1979: 12 – 13)

Por ello, Lakatos propone lo que llama “programa de investigación”, como criterio de demarcación. “En primer lugar definiendo que la unidad descriptiva típica de los grandes logros científicos no es una hipótesis aislada sino más bien un programa de investigación” (p. 13). Los programas de investigación contienen un núcleo general de “creencias” teóricas y empíricas que guían y enmarcan nuevas investigaciones. Lakatos hace una diferencia entre programas “progresivos” y “regresivos”. Los primeros son los programas sólidos, pues tienen una mayor coherencia interna entre hipótesis, leyes, teorías, técnicas y demás, elementos que son “la fuerza motriz del programa” (p. 59).¹⁵⁹

Esta fuerza motriz es la consistencia lógica en el sentido de Carnap y Popper, de hacer proposiciones con mayor contenido empírico que sus antecesores; esta regla es común a un gran programa de investigación de toda la ciencia, es decir una especie de método simple y unificador. Pero Lakatos piensa, más bien, en programas particulares que pueden ser reducidos a ciertos contenidos metafísicos como esta regla común de dotar explicaciones con proposiciones de contenido empírico. Toda ciencia tendría un núcleo duro o firme: “El cinturón protector de hipótesis auxiliares debe recibir los impactos de las contrastaciones y para defender al núcleo firme, será ajustado y reajustado e incluso completamente sustituido” (p. 52). Lakatos pone como ejemplo de núcleo fuerte a las tres leyes de la mecánica clásica de

¹⁵⁹ Los programas de investigación están homologados con el paradigma de Kuhn (Torres Nickels, 1999). Los programas de investigación, al igual que los paradigmas, están guiados por un conjunto de creencias firmes, llamada por Lakatos “núcleo duro”; y por Kuhn, “ciencia normal”. Mientras en Lakatos, la modificación de los contenidos heurísticos permite el cambio, en el caso de Kuhn, las revoluciones se dan cuando persisten fallos en los elementos centrales del paradigma reproducidos por la ciencia normal.

Newton. Las hipótesis auxiliares trabajan contra los *modus tollens* que pueden destruir la teoría, y terminaron por usar los contraejemplos como formas sostener tal núcleo duro.¹⁶⁰

Los programas de investigación tienen dos tipos de tendencias en cuanto al comportamiento de los científicos con respecto a este núcleo duro. Lakatos define a estas técnicas como heurísticas y diferencia una negativa de otra positiva. La heurística negativa de los programas de investigación busca que el núcleo duro permanezca, es decir, que persiste el afán de la comunidad científica por solucionar los problemas dentro de tal núcleo duro, es decir que se resista a la falsación. Por otro lado, la heurística positiva sirve como guía para las acciones de los científicos alrededor del núcleo duro, lo que permite mejorar la articulación de los diferentes elementos del programa de investigación. Así, la heurística positiva debe ser seguida y la negativa evitada.

Lakatos dividió las líneas maestras del trabajo dentro de un programa de investigación en heurística negativa y heurística positiva. La heurística negativa especifica lo que se aconseja no hacer al científico... La heurística positiva sirve de guía de cómo se debe complementar el núcleo central y de cómo debe modificarse el cinturón protector resultante para que un programa sea capaz de explicar y predecir los fenómenos observables. En palabras del propio Lakatos, “la heurística positiva consiste en un conjunto parcialmente articulado de sugerencias o indicaciones sobre cómo cambiar y desarrollar las “variantes refutables” del programa de investigación, cómo modificar, refinar el cinturón protector “refutable””. El desarrollo de un programa no sólo supondrá la adición de las oportunas hipótesis auxiliares, sino también el desarrollo de las técnicas matemáticas y experimentales idóneas. (Chalmers, 2000: 137)

Estas heurísticas son las que construyen el marco metodológico y conceptual, así como el núcleo duro de todo el Programa de Investigación. Refutar tal núcleo duro implica desmontar todo el edificio del programa. Así, el criterio de demarcación es una interrelación compleja de muchos elementos, en los que las convicciones de la comunidad científica sobre ciertas verdades “incuestionables” son necesarias.

El surgimiento de la teoría de Lakatos y la de Kuhn, ya sea en buenas o malas lecturas, hizo aún más complejo el debate en torno a los criterios de demarcación. Mientras Carnap y Popper pretendían establecer criterios relativamente simples e incluso posibles de analizar como enunciados lógicos, con Lakatos y Kuhn se reconoce la importancia de otros elementos detrás del trabajo científico, que además terminará por contribuir (sin que necesariamente haya sido la intención de estos autores) a la relativización del discurso científico y, por ende, a borrar la línea demarcatoria entre lo que es científico y lo que no.¹⁶¹

¹⁶⁰Por esto mismo, la teoría newtoniana se convirtió en el paradigma más fuerte de la ciencia e hizo de la física la ciencia *par excellence*, estableció un prototipo metodológico para las demás ciencias y fue fundamento clave del empirismo y el positivismo. Por ello, con la llegada de la teoría de la relatividad general, hubo un serio problema en las certezas que se tenían acerca de la infalibilidad de la ciencia, lo que favoreció al desarrollo de la filosofía de la ciencia y a pensar los criterios de demarcación más allá de una superación de la metafísica. Siempre se recuerda, que dentro de las propias explicaciones de Newton, en cierta continuidad con Kepler, las explicaciones metafísicas para los fenómenos observados es imprescindible.

¹⁶¹No es objeto de este trabajo entrar en discusión sobre propuestas contra el método científico, disímiles entre ellas, como la de Feyerabend, Bruno Latour, Julia Kristeva o la del Programa Fuerte de la sociología de la ciencia. La postura general no es reconocer la dificultad de reducir la ciencia a un algoritmo continuo y unificado como un método – cosa imposible – o a acentuar el problema en los factores convencionales o sociales que están detrás de la comprensión científica, sino en determinar ciertos parámetros mínimos de racionalidad dentro de los cuales los mejores científicos trabajan. Para contestar a estas posturas, me limitaré a lo que Comesaña (2011) plantea como interrogante de la racionalidad: más allá de una explicación mágica o una afortunadísima coincidencia, si no hubiese una metodología y una racionalidad del discurso científico con un alto grado de aproximación a la “verdad” del mundo exterior, cómo podríamos explicar el alto grado de

Otra forma de abordar esta problemática es la de Feyerabend, quien está en contra de tomar a la ciencia como un sistema, lo que equivale a borrar procedimientos estables como líneas demarcatorias. En el primer párrafo de su libro *Contra el método*, sostiene que su ensayo “ha sido escrito desde la convicción de que el anarquismo – que no es quizá la filosofía política más atractiva – puede procurar, sin duda, una base excelente a la *epistemología y filosofía de la ciencia*.” (Feyerabend, 1974: 11). Este autor sostiene que buscar criterios, reglas o estándares estables e infalibles es improcedente, pues la ciencia funciona, más bien, sobre accidentes, coyunturas, intereses y eventos tan ajenos a una lógica interna que sería difícil establecer una racionalidad propia y, por tanto, una demarcación clara. Feyerabend argumenta que no existen reglas que sean seguidas a rajatabla y que su ruptura tampoco es accidental o inconsciente y que, por el contrario, constituye un procedimiento común que denota la ausencia de método. Sin método, por supuesto, no hay demarcación clara de los procedimientos que nos llevan a ciertos resultados, pues la propuesta de Feyerabend es la inconmensurabilidad de las teorías, es decir, su imposibilidad de comparación entre unas y otras al no existir un criterio común de análisis, es decir, ante el fracaso de establecer criterios de demarcación estables.

Para tratarla debemos darnos cuenta de que la pregunta «¿son inconmensurables dos teorías comprensivas particulares, como la mecánica celeste clásica (MC) y la teoría especial de la relatividad (ER)?» no es una pregunta completa. Las teorías pueden ser interpretadas de maneras diferentes. Serán conmensurables en unas interpretaciones, inconmensurables en otras. El instrumentalismo, por ejemplo, hace conmensurables todas aquellas teorías que están ligadas al mismo lenguaje de observación y son interpretadas sobre su base... Ahora bien, y aquí sólo repetimos lo dicho hace poco, al extender los conceptos de una nueva teoría, T, a todas sus consecuencias, informes observacionales incluidos, puede cambiar la interpretación de estas consecuencias hasta tal extremo que desaparezcan, o bien del conjunto de consecuencias de las primeras teorías, o bien del conjunto de consecuencias de las alternativas disponibles. Estas primeras teorías y sus alternativas se harán entonces inconmensurables con T. La relación entre ER y MC sirve como ilustración de lo que digo. El concepto de longitud utilizado en ER y el concepto de longitud propuesto por MC son conceptos distintos. (Feyerabend, 1945: 109-110).

En esta larga cita, Feyerabend propone que los criterios analíticos están diseñados para ser aplicados a cada teoría y que no existen conceptos inherentes a los objetos, a lo que denomina *teorías comprensivas particulares*; por ello, la forma de abordar un fenómeno desde un mismo concepto – en este caso, la longitud – no puede explicarse fuera de cada teoría, pues Feyerabend niega tal condición comprensiva. Por esto mismo, la MC sigue siendo aplicada para cierto tipo de fenómenos – digamos, los terrestres – y la ER para fenómenos de otra índole con cuerpos supermasivos y en distancias diferentes. Por ello, no se puede hablar de un estándar demarcatorio ni de un método científico, no solo en el sentido de unicidad de la ciencia, sino dentro de la coherencia interna de las propias teorías.¹⁶²

De esta forma, mientras Carnap, Popper y Lakatos sostienen ciertos elementos de demarcación, para Feyerabend, “ni una sola teoría concuerda con todos los hechos en su dominio” (p. 40), lo que nos lleva a sostener que no podemos pensar en criterios fijos

predictividad de ciertas teorías o la posibilidad de usar teorías científicas para el desarrollo de teorías posteriores o de nueva tecnología.

¹⁶² La idea de incomensurabilidad también se la encuentra en Kuhn, aunque tiene consecuencias distintas. De la misma manera, la incomensurabilidad supone que no existen términos unificados neutrales para comparar dos teorías, sin embargo, existen medios de comparación (precisamente lo que permite cierta secuencia entre los paradigmas), elementos de transferencia que permiten la traducción entre una y otra, y constituye parte fundamental del racionalismo científico.

basados, ya sea en la verificación o falsación. De forma tajante, Feyerabend rechaza de igual forma la verificación, la confirmación, el falsacionismo, y otros métodos o criterios de demarcación.

En este punto, podemos también hacer una referencia breve a la propuesta de Larry Laudan (1983) sobre la distinción entre ciencia y pseudociencia y los problemas inherentes al criterio de demarcación. Laudan deposita en los filósofos de la ciencia y en los científicos, es decir, en los “expertos”, la capacidad de dirimir entre el tipo de conocimiento al cual nos enfrentamos y su validez. Para Laudan, el criterio más bien recae en los individuos, sin que haya una clara línea formal que haga la demarcatoria entre ambos tipos de conocimientos, supuesto el carácter *sui generis* de la ciencia y la enorme dificultad de lograr una definición lógica de sus componentes. “It is probably fair to say that there is no demarcation line between science and non-science, or between science and pseudo-science” (Laudan, 1983: 112).

Pero también la función de los expertos resulta algo problemática por la posición de prestigio adquirida por la comunidad de científicos: “If scientist say that continents move or that the univers is billions of years old, we generally believe them, however counter-intuitive and implausible their claims might appear to be” (Laudan, 1983: 111). Es en base a esta forma de entender la ciencia como estándar en la que Laudan también piensa a la pseudociencia como una “deviant doctrine” (Hansson, 2015: s/p).

La concepción de doctrina desviada se conecta a aquella doctrina que entiende a la pseudociencia como un fraude (*pseudo* como falso): “as it is commonly conceived, involves a sustained effort to promote teachings different from those that have scientific legitimacy at the time” (Hansson, 2015: s/p). En la postura de Laudan, esta distinción no solo es inexacta, pues no puede ser reducida a términos lógicos, sino que depende de los factores externos a la propia lógica de la ciencia asentada en su racionalidad y su método.

En definitiva, podemos tener una concepción de la pseudociencia como “ciencia falsa” o “mala ciencia”, pero además, como un hecho ligado a sus promotores en los que estas doctrinas cobran visos científicos a través de la sistematicidad, apelación a conocimientos científicos, intentos de explicación de fenómenos que la “ciencia normal” (para usar palabras de Kuhn) no puede explicar.¹⁶³ “To the contrary, the fraudulent scientist is anxious that her results be in conformity with the predictions of established scientific theories” (Hansson, 2015: s/p). Por ello, las teorías pseudocientíficas pretenden además inscribirse o usar teorías validadas por el frecuentemente vago criterio de demarcación de la ciencia.

Los ejemplos típicos de pseudociencia que da Hansson cumplen estos dos criterios generales: historia negacionista del holocausto, homeopatía, radiestesias, ufología, la ciencia natural promovida por los creacionistas. En relación al último ejemplo, podríamos añadir toda la teoría del diseño inteligente como pseudocientífica (Ayala, 2009). Al típico caso de la astrología, se le podrían añadir doctrinas bastante consolidadas por comunidades de practicantes acreditados por una institucionalidad fuerte que sostiene sus conocimientos,

¹⁶³ Al respecto, es importante notar que la pseudociencia en cuanto *deviant doctrine*, puede presentar una teoría totalmente heterodoxa en cuanto a los conocimientos de la “ciencia normal” o una teoría más cercana a la ortodoxia científica, incluso en una misma doctrina. En el caso del psicoanálisis, visto generalmente como una pseudociencia (Bunge, 1998), la doctrina apela a muchas hipótesis de la fisiología - a la ortodoxia, por decirlo de alguna manera - y a la vez propone una teoría bastante heterodoxa, en muchos casos, incluso bastante novedosa.

como el psicoanálisis, la economía neoliberal, ciertas teorías físicas (teoría de cuerdas), rabadomancia, etc. (Bunge, 1998).

El problema del criterio de demarcación de la ciencia tiene un correlato en ciertas prácticas frecuentes de la pseudociencia, como las siguientes (Hansson, 2015):

- a) Creencia en la autoridad – no remitirse a los argumentos, sino a quien lo dice.
- b) Presentación de experimentos irrepetibles – lo cual no da lugar a la contrastación.
- c) Ejemplos excepcionales no representativos (*handpicked examples*).
- d) No existe el deseo de someter a prueba las aseveraciones
- e) No tomar en cuenta la información que refuta la teoría.
- f) Uso de subterfugios para que la teoría no pueda ser refutada, solo confirmada (podemos pensar que esta característica puede adoptar la siguiente forma: se presentan únicamente explicaciones *ad hoc* para salvar la teoría sin conexión alguna con la experiencia).
- g) Explicaciones de viejas teorías no se han dado, sin embargo surgen nuevas teorías basadas en las anteriores.

Bunge (1998) toma otros elementos más que pueden entrar en tensión con ciertos criterios de Hansson: a) rompe totalmente con nuestra herencia científica (al respecto, como hemos anotado en una nota al pie, para Hansson, esta ruptura puede darse o no, justamente por la búsqueda de la pseudociencia de legitimarse a través del conocimiento científico)¹⁶⁴; b) reticencia a ser sometidas a contrastación o refutación; c) se acentúan los mecanismos de autocorrección y no se toma en cuenta la nueva información, nuevos descubrimientos, críticas, es decir que no es un sistema abierto como se requiere de la ciencia; d) el objetivo principal de la pseudociencia no es la producción de conocimiento, sino influir en la conducta humana, “a primarily *practical aim* rather than a cognitive one”¹⁶⁵ (Bunge, 1998: 42).

De acuerdo a Mario Bunge, podemos decir que el conocimiento relacionado de una u otra forma a la ciencia se mueve básicamente en tres ámbitos: a) conocimientos técnicos que caracterizan a artes y técnicas; b) la “protociencia” o ciencia embrionaria, en proceso de construcción; c) la pseudociencia, definida como “a body of beliefs or practices whose practitioners wish, naively or maliciously, pass for science although it is alien to the approach, techniques, and the fund of knowledge of science” (Bunge, 1998: 40 – 41). De esta manera, una característica primordial de la pseudociencia es su pretensión de ciencia, es decir, de dar cuenta de la realidad sin cumplir los criterios de demarcación (incluso aceptando la vaguedad de los mismos).

Estas consideraciones, nos llevan a pensar en la pseudociencia como un conjunto de creencias de índole más bien retórica e intencionalmente espuria cuyo objetivo es impresionar a los receptores bajo postulados y confusiones que “parecerían científicos”, sobre todo relacionados a prácticas legitimadas por el método científico, por lo general de las ciencias fácticas naturales y ciertas técnicas prácticas derivadas o conexas a éstas. La pseudociencia no es una “protociencia”, pues el proceso de construcción de la misma se atiene de manera más o

¹⁶⁴ El mismo Bunge define a la parapsicología como “the modern names of spiritualism, mediumism, cartomancy, and other archaic beliefs and practices” (1998: 43), lo que hace referencia a una reedición de estas viejas prácticas con una mezcla de simplificaciones científicas fisiológicas o de psicología experimental. Más que abandonar la herencia científica, este tipo de pseudociencias acomodan ciertas teorías científicas para sus intereses explicativos.

¹⁶⁵ Esto podría conectarse con la posición de los emotivistas sobre los juicios morales, su principal motivo no es explicar algo – en el caso de que pudieran hacerlo –, sino incidir en las creencias y conducta de las personas.

menos general a alguno de los criterios de demarcación, reconociendo, tal como dice Popper, que la apertura constituye una de las cuestiones primordiales de la racionalidad científica. La apertura está íntimamente relacionada a la posibilidad de evaluación de las instancias expresadas en las proposiciones teóricas y, tal como dicen Hansson o Bunge, esto no es una preocupación de ninguna de las pseudociencias.

3.1.1 Pseudociencia y derecho

En lo que respecta al derecho, podemos establecer dos problemas generales. El primero es que los criterios de demarcación se refieren: 1) a teorías que usan y explican hechos, sucesos, fenómenos en el mundo y que pueden ser contrastados (nos referimos a las ciencias empíricas); 2) establecer elementos metodológicos o racionales que permita diferenciar a las teorías que cumplen ciertos estándares para los fenómenos en cuestión.

Con respecto al primer problema, exceptuando ciertas corrientes “realistas” (Kirchmann, 2015; Ross, 1994), no ven esencialmente al derecho como un conjunto de hechos a estudiar (lo ven como conjunto de saberes o doctrinas), por lo que los diferentes criterios de demarcación aplicados a ciencias empíricas (en los que se busca verificar, contrastar, confirmar, falsar, etc.) no puede aplicarse.

Sin embargo, ante la dificultad de definir los criterios de demarcación y las diferentes posiciones al respecto, la inaplicabilidad de los criterios no sería un elemento de juicio suficiente para negar el carácter científico del derecho.¹⁶⁶

Como se ha dicho, dado que se presenta al derecho como un conjunto normativo y no empírico (García Máynez, 1960; Barbieri, 2011; Atienza, 2005; 2014; Weber, 1922/2014), el primer punto de la demarcación es inaplicable; cuestión que no solo afecta a saberes que no son susceptibles de comprobación, sino a una multiplicidad de teorías científicas que todavía no han podido ser contrastadas en el sentido que Eddington puso como referente (que de acuerdo a los diferentes puntos de vista dados, no sería el estándar, sino un procedimiento excepcional).

Al respecto, hay otra cuestión importante y es la diferencia entre el carácter práctico y teórico del derecho. Entonces, el derecho, como *corpus iuris* es un conjunto de normas con finalidad práctica encaminada al ordenamiento social, y su producción es el objeto final de toda la doctrina jurídica y el conjunto de conocimientos que conforman la jurisprudencia. Por ello, en este caso, para poder aplicar tal criterio, deberíamos centrarnos en la dogmática jurídica o jurisprudencia como ciencia del derecho, dado que es la que aporta las teorías que fundamentan la elaboración de normas y la práctica de los profesionales.

En cuanto al criterio de demarcación, solo basta decir que, a mi entender, la dogmática hace básicamente dos tipos de teorías, una de carácter deóntico - por lo que los elementos metafísicos implícitos quedarían fuera del criterio de demarcación -; y la otra, como teoría sobre el propio derecho como práctica, cuyo carácter puede ser descriptivo o normativo, pero que difícilmente puede dar explicaciones de la misma manera que una teoría científica, por lo que, aunque sea una teoría en el sentido de sistematización de conocimiento, deviene en un

¹⁶⁶ Aunque desde un punto de vista lógico, este procedimiento empieza por el fin; primero, quienes le otorgan el carácter de ciencia al derecho, deberían demostrar el porqué de sus argumentos.

discurso de segundo orden, en un estudio que se refiere a otras normas y allí vuelvo a lo dicho por Woodward (2014) sobre el procedimiento expositivo de las diferentes formas de conocimiento. La dogmática jurídica es una forma de exposición racional y coherente, pero que no se atiene a nada fuera de las normas jurídicas y sus relaciones.

Si definimos a la pseudociencia como “ciencia” falsa o engañosa, como un conjunto de teorías o proposiciones que se ciñen a lo expuesto por Hansson sobre el procedimiento pseudocientífico, ¿qué podríamos decir con respecto al derecho? Si, como dice Bunge, la pseudociencia tiene una tendencia general a influir en la conducta humana, hay una primera conexión entre el derecho y las pseudociencias: la normatividad.

La posibilidad de incidir en la conducta de la pseudociencia está en su apelación al supuesto estatuto científico de sus proposiciones o predicciones, por lo que funcionan como argumentos de fuerza basados en la autoridad científica y, en última instancia, tienen un carácter retórico de persuasión. El caso del derecho es diferente, su normatividad no necesariamente apela a la científicidad; aunque hay teorías que sostienen la científicidad del derecho y, por ello, buscan tener cierta autoridad desde este presupuesto; éste carácter pseudocientífico del derecho incluso le es accesorio, pues el derecho incide en las conductas humanas bajo un marco normativo legitimado por la autoridad política que legisla. En este sentido, hay apenas una relación accidental.

Ahora bien, en el caso de la dogmática jurídica y de otras formas doctrinales, la pretensión de científicidad es muy importante y vincula a la práctica jurídica con una serie de teorías que demostrarían la estructura científica de tales saberes; sin embargo, creo que se debe destacar que hay una distancia con la pseudociencia en un sentido simple: la pseudociencia recurre a teorías exitosas de las propias ciencias empíricas, ya sea con formulaciones espurias, incompletas o tergiversadas para dar mayor legitimidad a su teoría. En el caso de las disciplinas doctrinarias del derecho, al no ser empíricas, no tienen el mismo soporte.

Si se supone la posibilidad de un criterio de demarcación basado en la racionalidad científica y la unidad de la ciencia, ni el derecho ni las pseudociencias cumplirían con los requisitos mínimos, pero esto no implica una igualdad entre éstas. La diferencia más resaltante entre el derecho y las pseudociencias es que las segundas asumen tener también cierto carácter empírico que en la racionalidad jurídica no tiene ninguna pertinencia. Esto conlleva a que el derecho, a pesar de la proximidad lógica en su incumplimiento con los criterios de demarcación, no sea una pseudociencia, pues su racionalidad es diferente de la función persuasiva de la *bad science* o “desviación” de la ciencia. Todas las pseudociencias enumeradas pretenden ser fácticas y difieren del carácter normativo del derecho. Por ello, aunque ninguna cumple los criterios de demarcación, sus racionalidades no están conectadas. Como se había señalado al inicio de este apartado, una pseudociencia no solo es una “bad science”, sino que tiene una intención de engaño. El derecho no puede ser una “bad science” porque se acepta que no trata de hechos, y su normatividad no puede ser espuria, pues sus postulados, siguiendo a los emotivistas, no pueden ser susceptibles de ningún tipo de aplicación empírica, pues están en el campo ético o como en el caso de los expresivistas, son cursos de acción adecuados a una normativa más amplia y que no necesitan relacionarse con hechos para tener significado. En cualquier caso, no tratamos de hechos en el sentido de la ciencia empírica, sino de hechos en tanto que conductas humanas.

De acuerdo a Hansson (2015), independientemente de los recursos analíticos en Popper, Kuhn, Lakatos, hay un consenso general sobre las conclusiones que llevan a establecer cierta unidad en la diversidad de posiciones, dada la racionalidad implícita en la ciencia, presentada a través de ciertas características mínimas (más allá de los criterios de demarcación) que están relacionadas a un sistema abierto y susceptible de recibir nueva información. Por ejemplo, en el caso de una teoría histórica o sociológica que no pueda ser falsada, una actitud crítica y abierta supondría la aceptación de explicaciones alternativas o contradictorias a la primera teoría. Este punto distintivo es crucial para separar el conocimiento científico de las pseudociencias y nos lleva a otro punto, el de cierta unidad de la ciencia en la búsqueda rigurosa y sistemática más allá de los objetos de estudio. De acuerdo a Hansson, “[t]he conflict between science and pseudoscience is best understood with this extended sense of science”, es decir fuera de la separación de los objetos específicos de las ciencias especiales, incluso en ciencias que no tienen posibilidad de usar métodos empíricos para someter a prueba sus teorías, como el caso de las interpretaciones contrafácticas de la historia o la sociología, que acogen siempre teorías o explicaciones alternativas, aceptando al menos la apertura.

De esta forma, podríamos hablar de dos conjuntos, uno de la ciencia en general, que propone un método general e impone una racionalidad determinada en base a éste; y, por otro, a varios tipos de disciplinas de acuerdo a su objeto: las sociales y naturales y las formales, porque los criterios de demarcación más bien están pensados para las empíricas (sociales y naturales) y entre éstas se reconoce también diferencias sustanciales en cuanto al carácter general de sus aseveraciones, teorías, hipótesis. Pero a decir de Hansson, la pseudociencia se entiende mejor cuando se establece cierta unidad en el método, que incluye la actitud de quienes hacen ciencia frente a sus proposiciones en un sistema abierto, crítico, sistemático, coherente, que intente dar cuenta de hechos de la realidad, etc. En este caso, el derecho no sería ni una ciencia ni una pseudociencia, pues esta “unidad” en la racionalidad científica no es aplicable y no hay “hechos” a tratar.

Para el caso de la dogmática jurídica, se entendería que las aserciones y sistematizaciones que se hacen sobre el derecho como conjunto normativo y las decisiones jurídicas, tendrían apenas un carácter descriptivo y no explicativo en un sentido nómico (esto se profundizará después), por lo que este tipo de enunciados no son susceptibles ni de verificar o falsar, sencillamente corresponden a explicaciones vacuas sobre casos particulares, supuesto, como hace la dogmática, que lo que se analiza son los diferentes derechos positivos.

3.1.2 Sobre tal “voluntad de verdad”

Como hemos visto en Hansson, la cuestión de la pseudociencia está muy vinculada a una ética de la práctica y aplicación de los saberes que tiene incidencia muy importante en el ámbito privado y público y que está íntimamente relacionado a la propia aplicación jurídica. En el caso del derecho, a diferencia de la lógica de la ciencia, el llegar a conclusiones es una cuestión acuciante.

La dilucidación de casos de estudio en límites temporales dados es uno de los principios que diferencian a la investigación científica de la jurídica, pues se basa en el principio de *interest rei publicae ut sit finis litiium*, por lo cual “la búsqueda de la verdad no puede durar indefinidamente” (Taruffo, 2008: 67). Debido a esta necesidad de finiquitar los casos

judiciales, se apela a la intervención de peritos, entre los que constan expertos en diferentes disciplinas aceptadas convencionalmente como científicas.¹⁶⁷

En el sentido legal, esta afirmación también involucra un criterio de demarcación, puesto que el derecho (y algunos autores se basan en ello para adjudicarle un estatuto científico al derecho - como Larenz (1994)-, debe basarse en elementos de juicio certeros, pues la verdad (asociada generalmente al conocimiento científico) es un asunto consustancial del proceso si quiere ser justo, así “la ciencia y el proceso tienen un objetivo común: la investigación de la verdad” (Taruffo, 2008: 87), dado que la ciencia es lo más cercano al aporte de pruebas verdaderas.¹⁶⁸

Por ejemplo, Laudan (2006) centra la atención sobre la investigación de los hechos y el problema de verdad en los elementos de convicción, en lo que llama *standard of proof* (SoP),¹⁶⁹ que deberían constituirse como elementos de objetividad en sí mismos (aunque de acuerdo al mismo Laudan, muchos de los principios jurídicos, para el caso de las leyes criminales de los Estados Unidos, están detrás de los errores y desviaciones con las pretensiones – determinar inocencia o culpabilidad de acuerdo a criterios probables más allá de cualquier duda razonable, como criterio mismo de verdad). El mismo sentido de *reasonable doubt* es demasiado ambiguo (p. 4), así como los problemas epistemológicos de la concepción de “verdad”, como fundamento de principios de lo que se busca en el juzgado.

Pero, hay una diferencia sustancial entre ambas formas de verdad. En el derecho, se analiza “la verdad” de los hechos en los casos particulares con el objeto de resolver ese caso, que de allí puedan surgir sugerencias para una normatividad futura es otra cosa. En cambio, en la ciencia, se analizan casos, hechos, sucesos o fenómenos particulares para confirmar y refutar hipótesis, ya sea para confirmar o corroborar teorías o leyes existentes o nuevas propuestas teóricas, y solo si estos casos no son vacuos, es decir, si tienen conexión o son estándares de los fenómenos de los cuales tratan tales leyes o teorías (Díez y Moulines, 1997). Los casos particulares estudiados lo son porque de ellos se desprenden, en términos cognitivos, regularidades nómicas. La distinción, por ende, es muy clara.

Intentaré relacionar dos ejemplos prototípicos: el asesinato de A, provocado por B, en el lugar C, en el momento D, de la forma E. Una vez encontrado el cuerpo de A, se debe dilucidar, al menos, quién es A, quién es B, dónde, cuándo y cómo ocurrió el hecho. Aquí, conocer la verdad está íntimamente relacionado a una noción de justicia. Se puede llegar a una explicación de los sucesos, pero su finalidad posterior es tomar acciones sobre lo ocurrido con A, por ello, hay un tiempo perentorio por la finalidad práctica y los recursos públicos invertidos en llegar a esta verdad. Después de una investigación se determina que B, en C y D, acometió E contra A. B es imputable de lo sucedido con A, a través de una interpretación de lo ocurrido. Se puede determinar no solo responsabilidad, sino dolo (voluntad directa de dañar a A), más allá de cualquier duda razonable.

¹⁶⁷ “El informe pericial se configura así como un medio de carácter científico mediante el cual se pretende lograr que el juez pueda apreciar y valorar unos hechos que ya han sido aportados al proceso por otros medios probatorios” (De Luca, Navarro y Camarriere, 2013: 5), estos medios probatorios son los del ámbito científico.

¹⁶⁸ De Luca, Navarro y Camarriere (2013) se preguntan por el conocimiento real de los jueces de los procesos científicos y a su vez si los peritos tienen idea de cómo funcionan las decisiones judiciales, lo cual implica un problema de dos racionalidades complementarias pero limitadas a sus propias construcciones hechas en paralelo.

¹⁶⁹ Estos estándares recalcados por Laudan son principalmente dos: “más allá de cualquier duda razonable” y “una mayor peso a las evidencias”. El problema de la ambigüedad del primero, es la enorme cantidad de “falsos positivos” o “falsos negativos” que admite que admite. En el segundo caso, se resalta el problema de la relación entre las evidencias aportadas como elementos de convicción que además de guardar coherencia puedan ser aplicados por un jurado neófito.

¿Por qué se empezó la investigación? Porque una norma previa lo dicta ¿por qué lo dicta? Porque podríamos interpretar que el acto E sobre A no solo lesiona a la víctima, sino que es un acto odioso contra la comunidad y, por ello, tiene dos repercusiones: la sanción y la búsqueda de sentar un precedente normativo sobre lo que puede pasar si se rompe una norma que induce a un comportamiento determinado. ¿Es posible explicar por qué el acto E contra A es malo? Sin recurrir a términos éticos: nunca.

En este caso, las conclusiones de la investigación nos llevan a una descripción (una “narración” de cómo sucedió E) y a una explicación de lo ocurrido (interpretación de los motivos de B para E). Se establece la verdad de E, pero se debe ir “más allá”, se debe interpretar el acto de B para la sanción. Se puede pensar que la verdad no solo contiene la “descripción” sino además los motivos de E. En último caso, la descripción y la explicación dadas a E, contienen una verdad, pero la misma solo atañe al acto E, acometido por B, contra A, en C y D. Es decir, que esta verdad como explicación se “extingue” allí y solo cobra carácter legal-normativo si se remite a una norma previa (como es el caso), o modifica la norma (digamos que es un caso excepcional, que impone modificar la normativa, para adelantarse a sucesos futuros igual de odiosos, pero siempre particulares, pues no predice, sino que se adelanta a lo que ocurrirá). La verdad jurídica, remitida a un caso único, solo es legal en este sentido. En derecho, cada caso se juzga de forma aislada.

En una simplificación del proceder científico, nos sin caer en cierto empirismo, podríamos poner un ejemplo: se explica el evento A, ocurrido en el lugar B y en el momento C. Se asume que A puede tener conexiones con otros eventos similares posibles, por ello, B y C se piensan como circunstancias en las cuales hay regularidades detrás. Por ejemplo, la caída del cuerpo A en B y C es similar a la caída del cuerpo A1, A2.... An. En circunstancias similares de B y C, el caso prototípico A se repite.

Digamos que establecemos un principio de predicción, en el que dados B y C, A ocurrirá. Esta verdad trasciende el caso A inicial, y tiene cierto carácter nómico, porque establece una explicación regular de A y similares (A1, A2... An) en B y C; por lo que, más allá de cualquier duda razonable, se “cree” que An ocurrirá. Si ocurre, se piensa que la ley derivada funciona de forma descriptiva (en B y C, A ocurrirá) y se explica por qué lo mismo ocurre en An. Si, por alguna circunstancia, un caso de A, Am no ocurre a pesar de la predicción se puede revisar qué sucede con B y C. Si a pesar de que B y C siguen “invariables”, se piensa en la formulación de la explicación legal: dados B y C, ocurrirá A. Si Am no ocurre, pues se refuta la formulación o se espera observar un evento extraño D, no tomado en cuenta. Si D solo afecta a Am, pues no se refuta la formulación, pero si afecta a A, la formulación de “dados B y C, entonces A”, ya no se cumple y queda falsada.

En el derecho y la ciencia, la cuestión de la “verdad” es fundamental, pero no en el mismo sentido.

3.1.3 Un caso inverso: el derecho pensando la relación entre ciencia y pseudociencia

Quisiera exponer cómo los criterios de demarcación entre ciencia y pseudociencia entran en juego en la aplicación del derecho, con el paradigmático caso *Daubert v. Merroll Dow Pharmaceuticals*, y la relación que existe con el uso de conocimiento de peritos en un ámbito determinado de trabajo.

El caso *Daubert* es un punto de inflexión sobre las decisiones jurídicas con respecto a la ciencia. Irónicamente, es en el ámbito judicial, a través de éste y otros casos similares, en los

que se debe trabajar y dilucidar ciertos elementos prácticos derivados de los criterios de demarcación para poder tomar decisiones entre ciencia y pseudociencia, supuesto el carácter público que cobran las decisiones de los científicos, así como a la necesidad de tener elementos para analizar la verdad, en la que la ciencia puede jugar un rol primordial. En este caso:

los demandantes, dos niños pequeños nacidos con malformaciones graves y sus padres, alegaban que los daños se debían a que las madres de aquéllos habían consumido Bendectin durante el embarazo. El laboratorio demandado negaba la causalidad y, en primera instancia, el Tribunal de Distrito, vistos los peritajes presentados por ambas partes, aplicó el canon de Frye¹⁷⁰, resolvió que las tesis de los demandantes no cumplían con el requisito de la aceptación general y rechazó su reclamación. (Salvador Coderch y Rubí Puig, 2008: 39)

Con “aceptación general” se refiere al consenso de la comunidad científica al respecto. Pero bajo qué criterios de demarcación trabaja la comunidad científica: ¿más cercanos a la heurística positiva, a la ciencia normal? Si es así, qué pasa con la propia lógica de la ciencia a la apertura, a la posición crítica de los científicos sobre sus propios descubrimientos.

En el caso Daubert, para el análisis de pruebas, se presentó el testimonio de William McBride, quien era médico y no investigador, y por ende su opinión no era un aval pericial al no trabajar en los dominios de la comunidad científica como demandaba el canon Frye¹⁷¹. La idea sería que al someter el medicamento a pruebas, jamás es un criterio suficiente para determinar el impacto por su uso, pero no someterlo sí es un criterio para no usarlo. Se debe recalcar que la “aceptación general” parte de una concepción en estándares más bien popperianos.

De acuerdo a Susan Haack (2005), el caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, pone en juego una discusión sobre los criterios de demarcación entre la tradición popperiana y aquella más cercana al positivismo lógico (Carnap o Hempel). El falsacionismo entra en disputa directa con el verificacionismo o contra la refutación por instancias de Hempel. Al introducir su criterio de corroboración, Popper intenta separarse de la confirmación de Carnap, precisamente por la dificultad de predecir con “certeza” los sucesos futuros. La corroboración de Popper solo afirma su comportamiento en el pasado, por lo que ni la mejor de las teorías es totalmente fiable.

¹⁷⁰ El estándar Frye dictaba una norma para dividir la ciencia con lo no científico en base a la opinión de la comunidad de expertos “La respuesta tradicional, desde Frye v. United States, 293 F. 1013. C. Cir. 1923, era remitir a la opinión generalmente aceptada en la comunidad científica” (Salvador Coderch y Rubí Puig, 2008: 1). Esta visión se modifica, al introducir una perspectiva más marcada en las revoluciones científicas de Kuhn.

¹⁷¹ Sobre los criterios para definir la científicidad, resulta importante recalcar la influencia de las propias corrientes de filosofía de la ciencia en el siglo. De acuerdo a Salvador Coderch y Rubí Puig, en los años 70, cuando el influjo de Kuhn estaba en su apogeo, uno de los argumentos era el de discrepar con “la premisa, adoptada por la Sentencia recurrida, según la cual, la única “ciencia buena” es la “aceptada generalmente” y publicada en revistas sujetas a control...” (citado en Salvador Coderch y Rubí Puig, 2008: 40). Esto implicaría que la ciencia no podría modificarse e iría en contra de la evidencia de la propia dinámica científica, expresada en un libro canónico y de gran impacto en aquel momento *The Structure of Scientific Revolutions* de Thomas S. Kuhn. Entonces, ante una mirada más historicista, también quedaban las otras alternativas, de mirar dentro de la propia racionalidad científica o negarla, como el caso de otra teoría en auge de ese momento: el “Programa fuerte”. En particular, para el caso Daubert, una posición más cercana a Kuhn era mejor para los fines de la demanda en contra del medicamento, después de haber desechado el informe del doctor McBride. Pero, el criterio de falsación también resultaba pertinente si el medicamento no había sido sometido a pruebas y se tenía como un criterio generalmente aceptado y pertinente para el caso de un medicamento.

El problema de la fiabilidad exigida por la justicia bajo el estándar Frye, imponía una visión más bien confirmacionista más que de corroboración y de acuerdo a Haack, niega la propia posición de la filosofía de la ciencia popperiana sobre la apertura:

But there is an even more serious problema with Daubert Court's reliance on Popper, of which Justice Rehnquist didn't seem to be aware: Popper's philosophy of science is signally inappropriate to the Court's concerns with realibility. When Popper describes his approach as "critical rationalism", it is to emphasize that the rationality of the scientific enterprise lies in the susceptibility of scientific theories to criticism, that is, to testing, and potentially falsification, *not* in their verifiability or confirmability (Haack, 2005: S67).

Fue el juez Harry Blackmun el que modificó la posición de la "aceptación general" que se sostenía con el canon Frye (Salvador y Rubí Puig, 2008). Este juez agrega dos elementos basados en el historicismo de Kuhn, por el cual la "aceptación general" va en contra de la propia dinámica de la ciencia, la apertura y su tendencia a la producción de información crítica contra la *normal science*; y, por otro lado, está la introducción del criterio de falsabilidad de Popper que se ha erigido como un eje central para las ciencias empíricas. Así, el juez Blackmun sienta nueva jurisprudencia y establece cuatro criterios de demarcación a usarse en futuros casos (Taruffo, 2008: 97; Salvador Coderch y Rubí Puig, 2008: 35 – 38).

- a) Que la información usada, el producto, la teoría, etc. haya sido revisada por pares (por lo general en publicaciones con este tipo de revisión)
- b) Que haya criterios de control y falsabilidad
- c) Admitir hipótesis arriesgadas siempre que puedan contrastarse empíricamente y por tanto rechazar aquellas no falsables
- d) Determinación del porcentaje de error relativo
- e) Que la prueba sea científicamente relevante para el caso

El problema de la delimitación de la ciencia, al considerarse un sistema de racionalidad abierta e intersubjetiva, la coloca en una discusión pública sobre su carácter y la importancia de los criterios de demarcación. En su relación con el derecho, basta recordar el uso de la frenología en el derecho penal, una teoría hoy aceptada generalmente como una pseudociencia. El ejemplo más extendido dentro de tal práctica en el derecho es el de Cesare Lombroso, autor de *L'Uomo delinquente* (1897) en el que hay una confluencia de frenología, darwinismo social, estudios climatológicos, la visión orgánica y lineal de la filosofía de la historia de los siglos XVII y XVIII, etc. Sin embargo, las tesis de Lombroso no consideraban la refutación que las propias tesis de la frenología sufrieron durante la primera mitad del siglo XIX¹⁷². Su libro es una larguísima secuencia de determinismos climáticos, alimenticios, fisiológicos. La determinación de los elementos de análisis para las sanciones jurídicas es importantísima por un elemental afán de justicia. De esta manera, la distinción entre ciencia y pseudociencia es vital. Pero, de la misma manera, tal como habíamos remitido el caso de La Cocha en Ecuador, en este trabajo, el derecho ordinario sistemático, al presentarse como científico, también legitima acciones determinadas, aunque no se trate de una pseudociencia.

¹⁷² Para Brennan (1999: 147–148), la frenología "y otras ciencias similares en la fisiología cerebral fueron una consecuencia lógica del modelo mentalista encarnada en la psicología "de las facultades" de Wolff y Kant. En particular, la frenología quería encontrar el sitio de las facultades mentales" y "puso en el primer plano de las investigaciones fisiológicas el problema de la localización de las funciones cerebrales". Resulta interesante notar la relación que persiste entre el análisis lombrosiano de las facultades mentales del genio o del delincuente de acuerdo a las protuberancias sostenidas décadas antes por la frenología y la concepción mecanicista propia de la "ciencia del derecho penal" del siglo XIX, que consideraba a los hechos imputables como efectos de una causa determinada.

3.2 Características fundamentales de la ciencia

Debido a la dificultad de lograr una definición taxativa de la ciencia y su método, se establecerán algunas características con las cuales se pueden evaluar las características de las definiciones de derecho dadas.

La ciencia siempre parte de una problematización (Popper, 1980) y de la incompletud o falibilidad que las explicaciones que tenemos sobre el mundo nos pueden ofrecer; ya sean producto del conocimiento ordinario o de nuestras propias teorías científicas (Nagel, 1979; Chalmers, 2000). Pero, si bien la ciencia como producto histórico específico, parte de una problematización asociada a nuestro conocimiento común, ordinario o no científico del mundo, lo asume de una forma diferente, a través de una perspectiva teórica, nómica, metódica, etc. La organización, por ende, agrupa los diferentes factores de la problematización a través de definiciones más o menos funcionales para categorizar fenómenos de acuerdo a su naturaleza.

En sentido general, una taxonomía simplificada de las ciencias las divide en dos grupos de acuerdo a la existencia “objetiva” de los fenómenos con los que trata.¹⁷³ Esta distinción hace alusión a aquellas ciencias que se ocupan de los hechos, entendidos de forma amplia – y aquellas que se ocupan de objetos abstractos, ideas, formas, etc. Tenemos una primera distinción entre ciencias fácticas y ciencias formales.

La lógica o la matemática son ciencias formales porque no se refieren a nada que se encuentre en la realidad (Bunge, 1983; 1997). En este sentido, Bunge se refiere a la realidad como aquellos hechos objetivos que se pueden experimentar de una u otra manera; o lo que Bueno (1995) llamaría fenómenos del “mundo entorno”, que sobrepasan o preceden a nuestra representación del mundo. Así, la diferencia radical y sencilla entre ambas, es que en las ciencias fácticas, al tratar de hechos, sus aseveraciones deberían poder ser contrastadas por la experiencia. En el caso de las ciencias fácticas, el valor veritativo de las aserciones que se hacen en las proposiciones que componen las hipótesis o teorías científicas, dependen de la posibilidad de que los predicados de dichas proposiciones asignen valores a ciertas cosas.

Por ejemplo, un objeto X satisface el predicado Y, si y solo si existe un objeto particular X y dicho objeto exhibe la característica Y (por ejemplo, la existencia de un cuerpo macroscópico poroso). Para conocer tal relación, la concepción heredada (*Received view*) del positivismo lógico, elaboró una serie de postulados de relación llamadas “reglas de correspondencia”, que parte de ver a la lógica de primer orden como un lenguaje formal en el que se pueden expresar las teorías científicas y, valiéndose de los axiomas y reglas de correspondencia, derivar los teoremas respectivos.

Los primeros componentes del lenguaje (L) son los términos del vocabulario lógico (VL), que se refiere incluye tanto términos lógicos como matemáticos. Después tenemos el vocabulario observacional (VO) y luego el vocabulario teórico (VT), que forman conjuntos disjuntos. VO comprende los términos que se refieren a características observables de eventos

¹⁷³ Esta simplificación resulta bastante operativa y permite comprender de forma aproximada y general los diversos tipos de ciencias; sin embargo, cuando se entra en detalles acerca de la naturaleza de los fenómenos “objetivos” que estudia una ciencia la física, cuando se habla de antimateria, quarks u otro tipo de partículas subatómicas, por ejemplo, y su diferencia con los “objetos abstractos” o los números y estructuras lógicas, la cuestión no es fácil de dirimir en lo que llamaríamos “existencia objetiva”.

y objetos macroscópicos, mientras que VT contiene términos de propiedades, relaciones o funciones no directamente observables, sino introducidas con propósitos teóricos. .

Las llamadas reglas de correspondencia (C) comprenden enunciados mixtos que correlacionan términos de VT con términos de VO, pues los términos de VT deben ser en última instancia introducidos con ayuda de los términos de VO (Guerrero Pino, 2007; Suppe, 2000). La relación que existe entre los términos teóricos y observacionales implica que la correspondencia pueda ser confirmada (Carnap, 1936). Las reglas de correspondencia permiten la definición correcta y significativamente relevante (que su significado “corresponda al mundo” y que no sea vacuo) de los términos teóricos, permitiendo su aprehensión desde el punto de vista científico (nómico no vacuo) y nos permiten especificar la relación que existe entre VT y VO. Al principio, se pensó que los términos de VT deberían de poder definirse explícitamente a partir de términos de VO, pero ello dio lugar a muchos problemas que se hicieron inmediatamente evidentes (con los términos disposicionales, con los términos métricos y con la mayoría de términos teóricos en general). Luego se pasó a considerar que los términos de VT sólo podían ser definidos o interpretados *parcialmente*. Se consideró que, puesto que no podían recibir una caracterización explícita y completa en términos observacionales, todo lo que podía obtenerse era una interpretación parcial, permaneciendo parte de su significado observacional abierto. Dicho de otro modo, el significado observacional de, por ejemplo, “fotón”, “agujero negro” o “ADN” no se agota en las consecuencias observacionales conocidas asociadas con estos conceptos teóricos por las respectivas teorías en las que son usados. La interpretación parcial de los términos de VT se consigue gracias primero a los postulados teóricos (que contienen exclusivamente términos de VT) y a las reglas de correspondencia¹⁷⁴. Las características de las reglas de correspondencia son: deben ser finitas; deben contener esencialmente (no vacuamente) términos de VT y términos de VO y ningún otro término extralógico; deben ser lógicamente compatibles con los postulados de VT; deben tener significación en un sentido empírico no vacuo (Carnap, 1936; Suppe 1991). La idea fundamental es que la suma de los postulados teóricos y las reglas de correspondencia permiten extraer consecuencias acerca de fenómenos observables. Así, Carnap (1956) sostendrá que un término o enunciado resultan empíricamente significativos si y sólo si se permite con su ayuda, y la de los postulados teóricos, las reglas de correspondencia y quizá de otros enunciados (igualmente empíricamente significativos) de la teoría, algún enunciado que sea empíricamente contrastable. De modo parecido, Hempel (1965/1996) acabará asumiendo que el carácter empíricamente significativo sólo puede atribuirse, a la postre, no a términos o enunciados aislados, sino a sistemas teóricos en su conjunto, resultando así que en lugar de hablar del carácter científico o empíricamente significativo de una hipótesis aislada, es más apropiado evaluar y comparar sistemas teóricos entre sí apelando a características como la simplicidad, la precisión, el poder sistemático de extraer predicciones contrastables o permitir explicaciones de fenómenos ya observados, así como el grado en que dichos sistemas resultan confirmados por la experiencia o incluso apoyados por otras teorías aceptadas (Hempel, 1965/1996: 123).

En el caso anotado, hablamos de ciencias empíricas. En cambio, las ciencias formales estudian en su mayoría la relación de las estructuras de los llamados “objetos abstractos”, como números, formas geométricas, estructuras argumentales, etc. La validez general de las aseveraciones hechas en el campo de la matemática y la lógica no “aluden” al mundo

¹⁷⁴ Para una explicación detallada de los distintos modos de presentar la concepción heredada de las teorías, así como para el concepto de definición explícita y el de interpretación parcial, véase Suppe (1991, caps. II y IV).

concreto. Por ello, se distingue una validez en el sentido veritativo de lo dicho sobre un objeto, como el ejemplo dado arriba sobre el carácter poroso de un cuerpo y la validez formal. En el caso de la lógica, por ejemplo, las estructuras argumentales suponen relaciones estables independientemente de los elementos que las componen, lo cual es parte de su validez formal, de la sintaxis misma de tales lenguajes artificiales (Hofsweber, 2014: s/p). En ambos casos, lógica y matemática estudian estructuras que parten de presupuestos axiomáticos cuya confirmación o refutación se da dentro de esas propias estructuras, como el caso de las propiedades de ciertas operaciones algebraicas, los silogismos lógicos, etc.¹⁷⁵

Ahora bien, las ciencias fácticas se dividirían en ciencias naturales - cuyos fenómenos se entienden, de forma somera como “independientes” de la existencia humana - y en ciencias sociales,¹⁷⁶ que estudian las instituciones sociales, la conducta humana, la historia, cultura, etc., las que Dilthey (1883/1966) llamó “ciencias del espíritu” y llevaban un carácter normativo implícito.

Sobre estas distinciones de la ciencia, se aplican principios taxonómicos o clasificatorios cada vez más especializados de acuerdo a criterios definitorios básicos. La organización científica parte de la clasificación analítica de fenómenos a escalas cada vez más específicas, lo que impone una medida de especialización en los métodos, en la forma de sistematización del conocimiento y en la organización de los cuerpos de teorías. Así, la diferencia entre el conocimiento ordinario o de sentido común, del cual parte la mayoría de la problematización científica, es la organización, sistematicidad y a la especialidad que logra la ciencia, en base a un tipo determinado de racionalidad que vincula los criterios específicos del método con la problematización inicial (Nagel, 1979; Bunge, 1983).

De la problematización del sentido común se pasa a una problematización científica cuando se establecen hipótesis provisionales explicativas y éstas tienen una relación de atingencia con los datos generales del corpus teórico (Hempel, 1996). Es decir, todo problema científico u objeto de estudio, como punto de partida de la investigación, debe inscribirse en un marco de análisis previo, a partir del cual se puedan utilizar datos, teorías, etc., desde los cuales interpretar las hipótesis o nuevos postulados. Esto nos lleva a una de las características más importantes de las teorías científicas: su genuina capacidad explicativa.

Explicación: el conocimiento científico no puede ser solo descriptivo, sino que debe ser explicativo, esto quiere decir que no se limita únicamente a enumerar y sistematizar características generales de hechos, sucesos, fenómenos, ideas, objetos, etc.; sino que también busca una comprensión más extensa.

La descripción es parte de la problematización, pero no de la investigación en cuanto tal. Las explicaciones científicas son sistemáticas (es decir en relación al corpus teórico que le confiere sentido al fenómeno en análisis) y controlables de acuerdo a hechos fácticos (Nagel, 1979), sobre todo en el caso de las ciencias empíricas. Por supuesto, no solo las ciencias pretenden dar explicaciones del mundo; es más, en el sentido aristotélico o el de la

¹⁷⁵ “En resolución: la ciencia formal es *autosuficiente* por lo que hace al contenido y al método de prueba, mientras que la ciencia fáctica depende del hecho por lo que hace al contenido o significación, y del hecho experiencial para la convalidación” (Bunge, 1983: 39).

¹⁷⁶ También se distingue entre ciencias sociales como la economía o la sociología, que estudian interacciones y procesos sociales, y, por otro lado, ciencias humanas, como la historia o la antropología, que estudian al hombre en su contexto cultural e histórico. Se puede hacer una distinción entre *social sciences* y *human sciences*. El derecho es visto más como una ciencia humana.

fenomenología, la metafísica o la filosofía dan *mejores* o al menos más explicaciones de causas finales, de razones primigenias, etc. La teología, el sentido común, el conocimiento ordinario, la astrología, etc. buscan explicar los hechos de los cuales tratan. Pero este tipo de explicaciones son vacuas para la ciencia, pues no pueden ser remitidas a ningún hecho o fenómeno comprobable en el mundo, dado que la ciencia debe tratar y basarse en eso que vagamente hemos definido como “realidad” (el “mundo entorno” de Bueno, cuyo carácter trasciende la subjetividad individual)¹⁷⁷.

La explicación científica busca superar el carácter descriptivo, el *qué* de los hechos (algo similar al *to hoti*) y volverlos comprensivos (el *to dioti*)¹⁷⁸. Por esta misma intencionalidad, hay cierto carácter metafísico en la búsqueda de explicaciones que superen la mera descripción. Woodward (2014) cree que la explicación científica cobra relevancia en la filosofía de la ciencia a partir de los positivistas lógicos del siglo XX, pues entre los primeros positivistas, en el cientismo positivista, se ve una suerte de metafísica en la “verdad” irrevocable del conocimiento científico.

Dentro de la filosofía de la ciencia se ha sistematizado de varias formas la explicación científica. Una de las propuestas más famosas es la llamada “Concepción heredada” (*Received View*, como la denominó Hilary Putnam), denominado ahora *Standard Conception*, dentro de las que se encuentra el Modelo de cobertura legal (*legal covering*), ya sea nomológico deductivo o estadístico inductivo o deductivo, desarrollado, sobre todo, por Carl Gustav Hempel (con Paul Oppenheim, 1948; 1987; 1996).

Podríamos decir que el Modelo nomológico deductivo (ND) es un tipo de explicación que vincula, al menos, dos elementos, *explanandum* y *explanans*: “We divide an explanation into two major constituents, the explanandum and the explanans. By the explanandum, we understand the sentence describing the phenomenon to be explained (not that phenomenon itself); by the explanans, the class of those sentences which are adduced to account for the phenomenon.” (Hempel y Oppenheim, 1948: 136-137). “La idea básica es que *las explicaciones son argumentos en los que el explanandum se infiere del explanans*” (Díez y Moulines, 1997: 224):

¹⁷⁷ Omitimos aquí la discusión en torno a la diferencia entre explicar y comprender (explaining vs. understanding). En ella se funda la distinción entre ciencias naturales (en las que lo que se persigue es definitivamente la explicación, que, al fin y al cabo, es una forma de comprensión) y ciencias humanas (en las que se persigue es más bien una comprensión en sentido amplio). Von Wright (1974), en su famoso y clásico libro *Explanation and Understanding*, estableció que, puesto que la acción intencional no se puede explicar en términos causales, un historiador debía recurrir más a la comprensión de la acción en términos de razones. Para la interrelación entre explicación y comprensión en ciencias naturales desde una perspectiva más actual véase an Faye, *The Nature of Scientific Thinking: On Interpretation, Explanation, and Understanding*, Palgrave Macmillan, 2014.

¹⁷⁸ Una forma de entender el problema es en la diferenciación que hace Aristóteles en los *Analíticos Posteriores* entre demostración *to hoti* (*quia*), similar a una descripción del *qué*, en oposición a una demostración *to dioti*, similar a una explicación del *por qué*. Ahora bien, la connotación dada por Aristóteles a las demostraciones es de corte metafísico y sustancial: “sólo la Metafísica y las Matemáticas, por diferentes razones, son las únicas ciencias estrictamente *dioti*” (Morán y Castellanos, 1997: 74). Precisamente, en el inicio de su *Metafísica*, Aristóteles expone la necesidad de entender el *porqué* de las cosas y no limitarnos a un entendimiento del *qué*. Haciendo una analogía y superando las cuestiones de orden metafísico y de necesidad de comprensión ontológica del mundo, las mejores teorías científicas son explicativas en un sentido que supera el *qué* de la descripción. Un problema epistémico de muchas de las ciencias sociales es su limitación al *qué*, es decir a quedarse en un plano meramente descriptivo y no comprensivo. Por ello, Max Weber (1904/2009; 1922/2014) buscaba revitalizar el sentido interpretativo y comprensivo de las ciencias sociales, buscando explicaciones de fenómenos complejos.

Explanans: Compuesto por oraciones que se aducen para dilucidar el fenómeno, compuesta por dos subclases: 1) Condiciones antecedentes específicas, C1, C2, Cn...; 2) Leyes generales, L1, L2, Ln...)

Explanandum: oración que describe lo que se quiere explicar, leyes, fenómenos particulares, fenómenos generales, etc.

La explicación científica consiste en una inferencia lógica, en la que el *explanandum* se deriva del *explanans*. En las llamadas explicaciones deductivo-nomológicas, el *explanandum* se deduce de los enunciados “explanantes”.

El esquema general de una explicación sería pues:

Explicación: *explanans*: {(C1, C2) y (L1, L2)} =>E *Explanandum*

Las condiciones específicas son condiciones lógicas de adecuación, pues estamos hablando de proposiciones y enunciados, porque, en última instancia, el nivel operativo de la ciencia es lingüístico. El *explanandum* es una consecuencia lógica del *explanans*, que comúnmente está compuesto de generalizaciones, es decir, de leyes (al menos debe contener una). Es también una condición necesaria que en el *explanans* se incluya al menos un principio que sea susceptible de comprobación mediante los métodos científicos (observación, experimentación, reproducción, etc.) (Hempel, 1996: 249; Woodward, 2014). De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 227), el patrón básico de análisis de Hempel es el siguiente: 1) el *explanans* contiene al menos una ley, y todos los hechos generales que contenga esencialmente deben ser leyes; 2) si el *explanandum* es un hecho particular, el *explanans* contiene al menos un hecho particular. Los hechos particulares son las condiciones antecedentes; 3) el *explanandum* se infiere del *explanans*.

El *explanans* debe ser verdadero, propender a que sea verificado bajo todos los medios disponibles, de la misma manera que el *explanandum*, que se puede inferir del primero. Por esto, la explicación, en tanto que estructura argumental, puede ser válida o inválida. Ahora bien, en términos generales, se podría suponer que es una inferencia en el sentido de un silogismo, pero, por supuesto no es tan sencillo. En el caso de este tipo de explicación se habla de subsunción (*covering laws* como la llama Hempel): “la explicación racional de un hecho supone la subsunción del *explanandum* bajo una o más generalizaciones por medio de información relativa a las *circunstancias* que acompañan al hecho que se quiere explicar” (Bunge, 1983: 562).

Si bien el *explanandum* siempre se deduce del *explanans*, el término subsunción no implica una deducción puramente formal, por subsunción entendemos a un conjunto de enunciados generales que *cubren* a la conclusión y la explican:

Sabemos que la deducción como paso de las premisas a la conclusión con conservación de (el valor positivo de) la verdad es definible con total independencia de la oposición particular/general. La idea de subsunción remite, por el contrario, a contextos en que dicha oposición es fundamental, puesto que las leyes subsuntorias (una buena traducción para la expresión *covering laws*) se caracterizan precisamente por su *generalidad* en virtud de lo cual es posible “cubrir” o “subsumir” los casos. (Álvarez, 1994: 290)

Dentro de la concepción heredada, tenemos varias formas de explicación (Díez y Moulines, 1997: 228 ss.):

- La nomológica deductiva particular (NDP), que cumple la siguiente estructura: 1) el *explanandum* es un hecho particular (el suceso *x* en un momento *y*); 2) las leyes del *explanans* son generales y deterministas (es decir, no probabilistas); 3) la relación es una inferencia lógica-deductiva.
- Nomológica deductiva general (NDG), en el que: 1) el *explanandum* es un hecho general nómico (no probabilista), es decir, leyes que se subsumen de otras, como la ley de la fuerza y la potencia que se sigue de las leyes de la mecánica clásica); 2) El *explanans* también contiene solo leyes no probabilistas y no es idéntica al *explanandum* (sería una petición de principio); 3) relación de explicación es lógico-deductiva.
- Explicación deductivo estadística (DE), en la que: 1) el *explanandum* es una ley estadística (como la relación entre una enfermedad y la exposición a un tipo de agente químico); 2) el *explanans* contiene solo hechos generales y son todas nómicas, siendo al menos una de ellas una ley estadística; 3) la relación de explicación es lógico-deductiva.
- Explicación inductivo estadística (IE), en la que: 1) el *explanandum* es un hecho particular; 2) el *explanans* tiene al menos una ley estadística y todas las regularidades empíricas que contiene son esencialmente leyes y las condiciones antecedentes también son hechos particulares; 3) la relación de la explicación es la de inferencia lógica inductiva.

Se debe destacar que existen muchas opciones alternativas a la llamada *Received View* de la explicación científica. Existen muchas y fuertes críticas y opciones alternativas al sistema nomológico deductivo, al que Wesley Salmon (1998: 69) llama *Hempel-Oppenheim program*, que hemos resumido de forma muy breve. De acuerdo a Salmon, en la explicación científica y en el proceso de buscar nuevas teorías o leyes a partir de otras conocidas, no coinciden con la estructura presentada por la concepción estándar, así como se niega el postulado de simetría de la explicación científica de Hempel.¹⁷⁹

Siguiendo a Wesley Salmon (1984), el modelo ND comporta demasiados elementos ideales sobre cómo *debería ser* la ciencia con respecto a la proposición y uso de leyes generales de las cuales se pueda partir. La propuesta de Salmon data de 1971, en el que se propone el llamado *Statistical Relevance (SR) model*, o “modelo de relevancia estadística” (Woodward, 2014).

La idea básica de este nuevo análisis es que, para tener una explicación estadística satisfactoria, las condiciones antecedentes no deben, con ayuda de una ley, hacer altamente probable el *explanandum*, sino que simplemente deben ser un factor *estadísticamente relevante* para el *explanandum*. Por factor estadísticamente relevante se entiende un factor que modifica la probabilidad del suceso, e.e. tal que las probabilidades del suceso tomando en cuenta el factor y sin tomarlo en cuenta son diferentes. (Díez y Moulines, 1997: 243)

Se puede definir a la relevancia estadística de la siguiente forma: en una población dada A, un atributo B será estadísticamente relevante a otro atributo C, si y solo si $P(B|A.C) \neq P(B|A)$, es decir, si y solo si la probabilidad de que B condicionada a A y C es diferente de la

¹⁷⁹ “Salmon distinguishes a third broad conception of explanation which he calls the “modal” conception. On this conception, things are explained by showing that they must, by causal necessity, be as they are. Salmon rejects this approach as a holdover of earlier conceptions of scientific laws, whether causal or not, as being strictly universal... Salmon also rejects the identification of causality with necessity and universality. It is at least conceivable, he claims, that some causal processes are fundamentally statistical in nature, with the microscopic world providing the most plausible candidates.” (Giere, 1988: 445)

probabilidad de B condicionada solamente a A. Las propiedades estadísticamente relevantes tienen cualidad explicativa, mientras las irrelevantes no, por lo que la relación entre *explanans* y *explanandum* se da en términos de relevancia estadística (Woodward, 2014: s/p).

Para caracterizar de forma apropiada a este modelo, se necesita introducir el concepto de “partición homogénea”¹⁸⁰ (*homogenous partition*). ¿Por qué los miembros de A tienen una propiedad B? Las características de B deben ser homogéneas y exhaustiva a cualquier partición que se haga de A (Koertge, 1975; Woodward, 2014) y cada partición puede ser tan amplia como sea posible y todavía ser homogénea. Un buen ejemplo de este tipo de explicación es el recogido por Díez y Moulines (1997: 243):

El explanandum según Salmon, no es simplemente del tipo “*a* es A”, p. ej. que Peter es delincuente. La pregunta no es “¿por qué *a* es A?” sino “¿por qué *a*, que es B, es también A?”, “¿por qué Peter, un joven californiano, es delincuente?”. La clase (o propiedad) B es la clase de referencia, es estadísticamente relevante para ser A, p. ej. “Peter, además de ser joven californiano, es un inmigrante ilegal”, donde ser inmigrante ilegal es, entre los jóvenes californianos, estadísticamente relevante para ser delincuente...

Para que el ejemplo sea completo se debe especificar la partición, es decir el universo, sus características y las demás clases en las cuales estos se dividen y su *intensionalidad* (es decir, la explicación conceptual de los elementos que integran la definición), para poder establecer las clases que sean estadísticamente relevantes.

La explicación que enfatiza la relevancia estadística conecta la lógica con la propia práctica empírica. Las relevancias estadísticas están lógicamente y matemáticamente conectadas, se establecen propiedades de identidad o similitud desde las cuales se pueden hacer inferencias. La cuestión que resalta Salmon es que la práctica científica está mucho más conectada con leyes probabilistas cuya función explicativa no se reduce a la IE de Hempel.

Para Salmon, una explicación no puede tener la forma argumental en la relación *explanans* y *explanandum* propuesta por Hempel, pues no se trata de deducciones lógicas, sino de modelos explicativos, de reconstrucciones (Woodward, 2014). El enfoque de explicación reconstructivo se le atribuye fuerte valor explicativo a las leyes generales y otras leyes subsidiarias de éstas, pero, dada la incompletud de la información, se establece un proceso de reconstrucción, a diferencia de la “construcción” derivada de la subsunción, como en el caso de la ND (Álvarez, 1994).

Precisamente, buena parte de la ciencia (sobre todo en el caso de las ciencias sociales, donde los “hechos” históricos han desaparecido, por lo que se opera a través de contrafácticos) funcionan con un principio de reconstrucción de hechos a partir de lo que se denominaría morfología básica, compuesta por leyes básicas y subsidiarias que dan sentido o *resignifican* el fenómeno en cuestión, a la que se denominaría morfología observada. Este principio funciona a manera de sistema inductivo, pues la información se construye (Álvarez, 1994).

En este punto, cabe recordar la crítica cartesiana al método silogístico aristotélico. De acuerdo a Descartes, el sistema silogístico no aportaba nada, pues ya todo estaba incluido en las premisas. De una forma similar, Mill pensaba que los argumentos deductivos son

¹⁸⁰ “Una partición es una subdivisión de esa clase en subclases no vacías excluyentes y que conjuntamente agotan la clase de referencia.” (Díez y Moulines, p. 244)

peticiones de principio, es decir que no producen conocimiento, porque de ellos no se obtiene nada que no supiéramos con antelación y por ello acepta la inducción como la forma esencial de producción de conocimiento (De Donato, 2013)¹⁸¹. Esta misma crítica es la que lleva a afirmar que los argumentos deductivos son puramente explicativos y que no aportan información nueva (Díez y Moulines, 1997), no son ampliativos (De Donato, 2013: 11). Por supuesto, la ciencia, al ser empírica, necesitaría de la construcción inductiva para la explicación.¹⁸² El mismo Hempel (1996) habla de explicaciones inductivo-estadísticas, que tienen un carácter de probabilidad (la conclusión es meramente probable a la luz de las premisas).

En cualquier caso, un principio científico de explicación conecta a los nuevos fenómenos (condiciones del *explanans* o morfología observada) con un conjunto de leyes y condiciones derivadas de las mismas, estableciendo un sistema desde el cual se pueden hacer inferencias o reconstrucciones explicativas y crear nuevo conocimiento a partir de ello.

Como hemos mencionado brevemente, la concepción estándar de la explicación científica ha recibido el nombre de teoría sintáctica de la ciencia (Suppe, 2000; Chakravatty, 2001; Guerrero Pino, 2007). La *syntactic view* concibe a las teorías como: “an axiomatic system, closed under deduction, expressible in a formal language whose elements are characterized by a syntactical structure” (Chakravatty, 2001: 325). Esto parte de la aseveración del positivismo lógico de ver a las teorías científicas como conjuntos de enunciados, como entidades lingüísticas, que pueden analizarse de forma autónoma.¹⁸³ Suppe (2000: S103-104) resume las críticas al enfoque del positivismo lógico en, al menos, seis puntos:

- 1) La distinción observacional–teórica es insostenible. Los positivistas lógicos asumirían una diferencia dicotómica y taxativa entre nivel empírico (VO) y nivel teórico (VT). Para Suppe y demás críticos, esta distinción no es defendible, pues es mejor hablar de términos teóricos y términos no-teóricos, estableciéndose la distinción como relativa a una teoría y no como una distinción absoluta. La insistencia en lo impreciso de la distinción (por parte de autores como Achinstein o Putnam) y en la denominada “carga teórica de la observación” (véanse las críticas de Hanson o Feyerabend) sirvió para alimentar estas críticas.
- 2) Las reglas de correspondencia terminan por confundir relaciones de significado en cuestiones como el diseño experimental, medidas y relaciones causales, algunas de las cuales ni siquiera son parte de las teorías. Esto porque la concepción estándar o heredada está concebida como una lógica de primer orden¹⁸⁴ (VL), en la que los términos que no son lógicos o no son parte de la estructura lógica constante se dividen

¹⁸¹ Cabe resaltar que De Donato se distancia de la postura de Mill, sobre considerar a los silogismos como petición de principio: “Esto no es, en absoluto, cierto y está basado en una confusión. Lo único que podemos decir es que la deducción no es ampliativa (la conclusión no aporta una información que no estuviera ya contenida en las premisas), como sí lo es la inducción, pero no que no aporte conocimiento.” (De Donato, 2013: 11)

¹⁸² Por ello, Chalmers (2000) aclara que hay toda una corriente en la epistemología que trata de entender la ciencia y la explicación de los fenómenos desde cálculos probabilistas, elementos puramente inductivos o en la aplicación de incompletud del teorema de Bayes.

¹⁸³ La influencia estaría dada por la concepción logicista de la ciencia de Reichenbach y la tendencia al formalismo y matematicismo que buscaba Hilbert (Guerrero Pino, 2007).

¹⁸⁴ Una lógica de primer orden es una lógica proposicional o de predicados, que supone una estructura para estudiar enunciados o lenguajes formales. Modela el proceso de razonamiento y formaliza la demostración.

en teóricos y observacionales. Las reglas de correspondencia establecen relaciones entre estos vocabularios.¹⁸⁵

- 3) La noción de interpretación parcial asociada con una visión más liberal de las reglas de correspondencia era incoherente. Se refiere a que perdería su condición de estructura axiomática.
- 4) Las teorías no son sistemas axiomáticos. Porque no son estructuras lógicas en sí mismas.
- 5) La lógica simbólica no aporta un formalismo apropiado. El afán formalista no es el indicado para una explicación del comportamiento de las teorías científicas, pues éstas son bastante distintas entre sí.
- 6) Las teorías no son entidades lingüísticas y su individualización como unidades sintácticas (enunciados) es incorrecta.

Para Suppe, el orden de importancia crítico es 6, 2 y 1. El punto 4 le parece irrelevante. Para Suppe, en base a Suppes (1967), se debe contrastar la formulación intrínseca de la visión sintáctica de la concepción heredada, con aquella de expresa a las teorías en un enfoque más extrínseco, entendiéndolas como estructuras semánticas¹⁸⁶ y no sintácticas.

The Semantic Conception identifies theories with certain kinds of abstract theory-structures, such as configured state spaces, standing in *mapping relations* to phenomena. Theory structures and phenomena are referents of *linguistic theory-formulations*. The basic idea is that theory structures are identified with suitable connected family of models. Depending on mapping relationships required for theoretical adequacy, realist, quasi-realist or antirealist versions are obtained. (Suppe, 2000: S105)

Al entender a las teorías como cierto tipo de estructuras abstractas, se conectan más con modelos explicativos que con leyes subsuntivas. Los modelos constituyen, actualmente, la forma más importante de explicación y organización del conocimiento científico y puede explicarnos la realidad solo si se asume que representa un cierto aspecto modelizado de la realidad que se investiga (Bailer-Jones, 2003; Frigg, 2006; Rivadulla, 2006; De Donato y Arroyo, 2009).¹⁸⁷

La concepción más extendida de la explicación científica a través de modelos es la concepción semántica de las teorías científicas.

Como han dicho Díez y Moulines (1997: 327 ss; véase también Moulines (2011, cap. 6), la concepción semántica no es tanto una única concepción, sino una *familia* de concepciones que comparten ciertos elementos unitarios que las distinguen de la concepción heredada. Fue iniciada por Suppes y la escuela de Stanford en EE.UU. y seguida por los estructuralistas (principalmente por Sneed, Balzer y Moulines, sobre todo en Alemania), dalla Chiara y Toraldo di Francia en Italia, Przelecki y Wójcicki en Polonia, y de manera muy importante por varios autores de los EE.UU: pensamos en el empirismo constructivo de Bas van

¹⁸⁵ “For positivists, theories were partially interpreted axiomatic systems TC, where the axioms T were the theoretical laws expressed in a theoretical vocabulary VT; C were correspondence rules that connected T with testable consequences formulated using a separate observational vocabulary Vo. Only Vo sentences were given a direct semantic interpretation” (Suppe, 2000: S103).

¹⁸⁶ Los antecedentes de la visión estructuralista serían: la matematización de la mecánica cuántica de John von Neumann y los estudios lógicos de Evert Beth, la teoría de modelos de Alfred Tarski y la axiomatización conjunta de Patrick Suppes (Guerrero Pino, 2007).

¹⁸⁷ Una visión un poco más extendida de qué es un modelo y sus implicaciones de abstracción se la encuentra en el apartado sobre las ficciones.

Fraassen, con su enfoque formal de espacios de estado; Ronald Giere con su enfoque realista-constructivista basado en la noción de similaridad; y Frederick Suppe con su enfoque cuasi-realista (y un aparato formal similar al de van Fraassen). En todas estas concepciones, los modelos –entendidos de manera formal o de manera más informal- pasan a ser esenciales para la definición de las teorías. A veces, esta concepción o enfoque es llamado “modelo-teórico” o “modelístico” (Díez y Moulines 1997, 331; Moulines 2011, cap. 6). Contra la concepción heredada, sostiene que una teoría se caracteriza mejor no como un conjunto de enunciados, sino por determinar un conjunto de modelos (o estructuras) de cierto tipo. Presentar e identificar una teoría consiste en presentar o identificar la familia de sus modelos. En el enfoque pionero de Suppes, una teoría se define a través de un predicado conjuntista: “*x* es un sistema... [un modelo de la teoría] si y sólo si $F(x)$ ”, donde *F* expresa una serie de leyes y condiciones de cierta índole. La versión estructuralista, inspirada en Suppes y desarrollada por Sneed en EE.UU. y luego por Balzer, Moulines y el propio Sneed en Alemania, ha sido la más detallada y elaborada de cuantas concepciones semanticistas se han propuesto, pues ha dado lugar a múltiples reconstrucciones formales de teorías científicas y de relaciones interteóricas, así como una base formal para la formulación de todo el aparato científico tanto en sus aspectos puntuales como en su desarrollo histórico (dinámica de las teorías).

En la explicación científica, podemos mencionar varios otros enfoques:

Pragmático: en este enfoque, la explicación no es independiente del contexto, a diferencia de la concepción sintáctica. En este enfoque, como en el caso de Aichinstein (citado en Díez y Moulines, 1997: 247), se destaca, por un lado, el carácter perlocutivo y se intenta desarrollar una teoría *ilocucionaria* de la explicación, pues depende de las intenciones del hablante y dónde se enfoca la atención. En este enfoque se enfatiza que las explicaciones son respuestas a ciertas preguntas, las que llevan implícitas contrastes sin las cuales “no se pregunta propiamente nada” (Díez y Moulines, 1997: 247). Una clase de preguntas debe integrar los posibles contrastes para que sea respondida en esos términos y así identificar una relación de relevancia explicativa. Toda pregunta conlleva una serie de supuestos y se acepta la pregunta “si tales presupuestos encajan en el cuerpo de información fáctica aceptada en el contexto” (p. 249). Toda pregunta supone ciertos presupuestos y tal pregunta es aceptada si estos presupuestos encajan “en el cuerpo de información fáctica aceptada en el contexto” (p. 249). Esta relación es el núcleo del modelo pragmático desarrollado por van Fraassen que puede resumirse así:

El *explanandum* es una proposición singular o general que lleva asociada una serie de proposiciones alternativas. El *explanans* otra proposición que explica al *explanandum* si y solo si es significativamente relevante según el contexto, para que ocurra una proposición y no sus alternativas.

Unificacionista: en este enfoque, la explicación “consiste en la reducción de la cantidad de supuestos básicos independientes de nuestro cuerpo de creencias. La unificación consiste en mostrar dependencias, reduce pues la cantidad de supuestos independientes y es lo que proporciona la verdadera comprensión.” (Díez y Moulines, 1997: 256). Los principales exponentes son Philip Kitcher y Michael Friedman. Kitcher sostiene que siempre la explicación científica es un esfuerzo de unificación, lo que implica que la explicación no puede limitarse a un análisis de proposiciones o de conjuntos entendidos como modelos y solo es posible “by absorbing the “lore” of their communities, where this lore does reflect previous systematic efforts at unification” (Woodward, 2014: s/p). Por su lado, Friedman cree que “la

explicación científica consiste esencialmente en la reducción de la cantidad de leyes *independientemente aceptables*” (Díez y Moulines, 1997: 256), pues lo que se busca explicar son fenómenos generales y la explicación es el proceso que nos permite distinguir los casos espurios de los genuinos a través de regularidades que reducen la cantidad de hechos independientemente aceptables.¹⁸⁸

La cuestión central para Kitcher es cómo sistematizar este conjunto de creencias (leyes, hechos) aceptados de forma independiente. Para dar cuenta de ello, propone que existe un *patrón argumentativo*, es decir, ver cómo las premisas llevan a tales conclusiones, lo que denomina *argumentaciones*, entendidas como premisas más argumentación más el camino que conecta a unas u otras. La sistematización es aceptable si la relación sigue reglas de deducción (Díez y Moulines, 1997: 257).

Causalidad: autores como Paul Humphreys, David Lewis o Wesley Salmon (en su segunda época) comparten un *núcleo* común en cuanto a su concepto de explicación. “En la explicación es un hecho en el explanans no tiene por qué asegurar la ocurrencia del explanandum, tampoco hacerlo altamente probable, ni siquiera (en opinión de Salmon) incrementar su probabilidad... Explicar un hecho no es mostrar que es (totalmente, mucho, o tan sólo más) esperable, es proporcionar *información causal* sobre su ocurrencia...” (Díez y Moulines, 1997: 251). La noción en juego es la *esperabilidad*. Las relaciones entre hechos son multicausales, cada relación aislada es solo una *causa parcial* y que tomadas en conjunto constituyen la *causa total*. La explicación no recoge toda la historia causal de un hecho, no tiene esa necesidad, con unos *factores* causales necesarios se construyen las explicaciones y se determinan de acuerdo al contexto. Por ello, la relación de explicación es de *relevancia causal* (p. 252).

Como se ve, en este esbozo general, el problema de la explicación científica es muy amplio y en el sentido en el que entra en juego la justificación de las expresiones teóricas y su significación empírica, sintáctica, pragmática y semántica, la cuestión es compleja, pero siempre se tiene en cuenta que la explicación científica busca dar cuenta de regularidades o fenómenos extensivos en el mundo pues no puede ser superficial ni vacua.

Racionalidad:¹⁸⁹ En otro apartado, de este mismo trabajo, se define a la racionalidad desde varias perspectivas. Por ejemplo, de acuerdo a Popper (1995) el carácter abierto y crítico, con el cual se someten a prueba a las teorías y aseveraciones de las teorías científicas es un rasgo principal de la racionalidad científica. De acuerdo a Comesaña (2011), los éxitos de la ciencia – técnicos, tecnológicos y teórico-predictivos – nos muestran que ésta tiene una racionalidad interna, que se evidencian en cómo la ciencia obtiene resultados al establecer los caminos adecuados a sus objetivos explicativos del mundo. En este mismo sentido, podemos

¹⁸⁸ “If *S* is a candidate for explaining some *S'* in *K*, we want to know whether *S* permits a reduction in the number of independent sentences. I think that the relevant set we want *S* to reduce is the set of *independently acceptable* consequences of *S* (con*K*, (*S*)). For instance, Newton's laws are a good candidate for explaining Boyle's law, say, because Newton's laws reduce the set of their independently acceptable consequences-the set containing Boyle's law, Graham's law, etc. On the other hand, the *conjunction* of Boyle's law and Graham's law is not a good candidate, since it does not reduce the set of its independently acceptable consequences. This suggests the following definition of explanation between laws: (DI) *S1* explains *S2* iff *S2* ∈ con E (*S1*) and *S1* reduces con E (*S1*).” (Friedman, 1974: 17). De acuerdo a Díez y Moulines, Kitcher ve un problema en la propuesta de Friedman, y es que “excluye explicaciones intuitivamente satisfactorias cuyo explanans está formado por leyes independientemente aceptadas” (Díez y Moulines, 1997: 256).

¹⁸⁹ El problema de la racionalidad científica se trata de forma más extensa en el apartado sobre racionalidad científica y jurídica.

decir que la racionalidad supone una relación entre teoría y método analítico de la problematización dada (Zepeda, 2008).

En el sentido de Popper, la apertura de la ciencia está relacionada a su carácter de saber o explicación *provisional*, en la medida en la que las explicaciones provisionales no han sido refutadas. En la ciencia, un conocimiento no se toma como verificado (postura abandonada por Carnap y el círculo de los Positivistas Lógicos), lo contrario es un presupuesto sostenido por los primeros empiristas o la primera etapa del positivismo lógico, y que constituyen buena parte de las teorías en las que se enfoca la crítica relativista a la ciencia. Un conocimiento científico es aceptado como explicación provisional desde la sistematización popperiana del falsacionismo y en base a ésta se ha establecido el debate. Esta apertura, enfocada en el carácter provisional de las explicaciones es esencial para entender su racionalidad.

La explicación científica relaciona unos medios adecuados para garantizar la sistematicidad y coherencia de las hipótesis (Hempel, 1987). Esta relación entre objetivos y medios determina el método o los métodos de la ciencia. Una cuestión importante es que la ciencia no detenta el monopolio de la verdad, sino de los medios adecuados de contrastación o confirmación de cierto tipo de explicaciones a fenómenos (Bunge, 1983). Por ende, esta racionalidad científica, en su método y sistema, es excluyente y esto es muy importante de tener en cuenta a la hora de analizar la “cientificidad” de un conocimiento, dado el arbitrario uso dado al término, sin ajuste de su racionalidad interna.¹⁹⁰ Precisamente, esta interrelación de elementos que vinculan la apertura, problematización, hipótesis, explicaciones provisionales, contrastación, son claves a la hora de entender la sistematicidad de la ciencia y de su racionalidad, y es el eje en el que trabajan los científicos o la comunidad científica.

Recordando a Kuhn (1970, *passim*), podemos definir a tal comunidad científica como aquella que trabaja sobre un paradigma determinado. Ahora bien, esta relación entre ambos *sistemas* es más bien de tipo ideal, de cómo *debe* comportarse la comunidad con respecto a los conocimientos que se van produciendo. Los amplios ejemplos de Kuhn, más bien contradicen esta tendencia abierta, pero no es un problema de la racionalidad científica, sino una actitud determinada. Por supuesto, que la neutralidad científica es un ideal, pero es precisamente en la concordancia entre la explicación, la racionalidad y el fenómeno explicado en donde se dilucida el alcance de tal neutralidad. Los criterios de racionalidad son normativos y por supuesto ideales, y su aplicación queda en manos de personas concretas. La ciencia o la comunidad que la construye no es un conjunto homogéneo y se puede entender a una comunidad científica como un mercado en el sentido de relación social (Zamora Bonilla, 2008), pero esto no implica que no haya cierto arbitrio entre tal conflicto de intereses. El arbitrio está dado en que los medios de la ciencia siguen, nuevamente, una racionalidad determinada, cuyos elementos no son intercambiables entre sí, lo que permite dilucidar qué es qué en un eventual “mercado de ideas”.

Las teorías se aceptan en su provisionalidad y tal situación está íntimamente ligada a la condición de apertura de la ciencia en cuanto a “sistema organizado” dentro de un sistema social más amplio. Aunque dentro de la aceptación o no, inciden factores fuera de la racionalidad científica, como juicios de valor, falacias *magister dixit*, intereses particulares o de grupo, etc., esto no implica que estos elementos “coexistan” con aquellos de la

¹⁹⁰ De acuerdo a Bueno (1992), la propia racionalidad interna de las ciencias es lo que determina lo que él ha denominado “cierre categorial”, pues es en el mismo seno de las ciencias, sus contenidos operatorios sintácticos, semánticos y pragmáticos en donde se debe evaluar el estatuto epistémico de las diferentes disciplinas.

racionalidad de la ciencia. Por otra parte, se concede mucho interés a la innovación (Zamora Bonilla, 2008), puesto que el sistema social en el que se organiza la ciencia premia de múltiples formas a las nuevas teorías, quizá en repetición y consagración por parte de la comunidad científica del mismo concepto de paradigma, en el sentido de iniciar una revolución científica de gran envergadura.¹⁹¹ Pero, a pesar de que este tipo de elementos entran indudablemente en juego, se podría decir que las teorías sí tienen una *vida paralela* al de la comunidad que las promovió, debido, precisamente al poder explicativo de sus postulados y a su contraparte predictiva. Para explicar un mismo fenómeno, por lo general, existen varias teorías que coinciden con los datos y cumplen ciertas condiciones necesarias de las leyes generales; pero su resistencia al tiempo se muestra también en su capacidad predictiva y en la resistencia de sus hipótesis a la falsación sin recurrir a argumentos *ad hoc* u a través del uso de otro tipo de recursos que salen de la racionalidad científica.

Sistematicidad y predicción: La capacidad explicativa de la ciencia se basa en la postulación de hipótesis.¹⁹² Una hipótesis es una afirmación, compleja o no, que puede ser contrastada empíricamente (Díez y Moulines, 1997) y es base central de la explicación científica, pues es el elemento central que conforma leyes y teorías científicas que ofrecen explicaciones a fenómenos. Como ahondaremos más adelante, se entiende a los postulados científicos como explicaciones que contienen hipótesis que pueden ser contrastadas empíricamente, por lo que las explicaciones deben predecir sucesos, pues de otra forma, el proceso de contrastación no sería posible (Hempel, 1987; 1996).

Una hipótesis sostiene una serie de condiciones invariantes en un contexto siempre especificado que explican un fenómeno y predice su comportamiento futuro. En la medida en la que las hipótesis dan explicaciones satisfactorias y se cumplen ciertas predicciones, siempre en el contexto especificado en la diferencia entre los elementos continuos e invariantes (pues los elementos invariantes deben ser explicitados, dado que el contexto puede variar o adoptar condiciones *ideales*), cobran un carácter provisional. De acuerdo al poder explicativo y confirmación, entran al corpus teórico. Una buena hipótesis (base de la teoría) explicativa siempre tendrá dos elementos implícitos. Un orden predictivo y que los postulados pueden someterse a prueba.¹⁹³

Dentro de la sistematicidad (elemento central de la racionalidad), las hipótesis solo pueden ser contrastadas por su explicación predictiva. Dado que una hipótesis central sometida a prueba no basta para derivar una predicción contrastadora siempre se necesitan de supuestos auxiliares y en ellos, se entiende que ningún factor extraño debe afectar al proceso. Si se entiende como una relación entre antecedente y consecuente, se asumen unas condiciones iniciales que deben cumplirse para que la predicción funcione. El antecedente son

¹⁹¹ Al respecto, basta recordar la posición de Freud sobre la teoría psicoanalítica. Él pretendía que su teoría provocaría una tercera revolución científica. A la revolución copernicana de la física y la darwiniana de la biología, le seguiría la revolución freudiana de la psicología. Esta misma actitud se puede rastrear en teorías con mayor influjo científico y poder de predicción, como la teoría general de la relatividad que, precisamente, constituyó una ruptura con la mecánica clásica newtoniana. Este tipo de ejemplos se multiplican constantemente a lo largo de la historia de la ciencia.

¹⁹² Como habíamos anotado, la ciencia se presenta como una solución a problemas, “parte y termina en ellos”, nos dice Popper (1934/1980), por lo que toma a las hipótesis como explicaciones conjeturales. En lo que respecta a la ciencia, Popper propone que mientras más riesgosas sean las hipótesis explicativas que contienen las teorías, mayor es su capacidad explicativa, pero también es mayor su probabilidad de ser falsadas, lo que implica un riesgo inherente a hipótesis osadas.

¹⁹³ En lo que respecta a la falsación o contrastación, la forma común de pensar la contrastación y refutación es un *modus tollens*: H es verdadera; si H es verdadera, lo es también I; como se contrasta empíricamente que I no es verdadera, entonces H no lo es (Hempel, 1987). Esta es la forma básica con la que se entiende el proceso de contrastación. I debe ofrecer los elementos empíricos necesarios para poder ser contrastada o confirmada.

estas series de condiciones y el consecuente la predicción, y todo ello, de forma simplificada comporta una hipótesis.

Para el trabajo que nos atañe, se debe notar que toda hipótesis es descriptiva, explicativa y predictiva y que solo en base a ellas se puede construir teorías. La base de las teorías radica en las hipótesis; el caso de las prescripciones (como en el derecho), no están relacionados a ninguna explicación ni predicción.

La predicción debe contener adecuaciones mínimas a la realidad, a entidades concretas a través de proposiciones abstractas que puedan validarse y confirmarse. Ésta es la base fundamental de las ciencias empíricas. La sistematicidad liga a todos los elementos de la construcción teórica (la capacidad de generar un conocimiento que trascienda la descripción de fenómenos particulares y que permita entender características invariantes de fenómenos comunes), hipótesis (explicación – predicción) y contrastación. Las teorías son la base de la sistematicidad científica, pues llevan implícitas los demás factores.

La sistematicidad es una cuestión central en la ciencia, pues se comprende que los diferentes enunciados propuestos cobran significancia en un contexto que relaciona varios elementos, cuyo valor semántico solo tiene significación en lo que Hempel (1996: 119) llama “sistema interpretado”. Para “poder atribuir significación cognoscitiva a algo, entonces ello solo podrá ser con referencia a (sic.) sistemas teóricos totales formulados en un lenguaje con una estructura bien determinada. Y la señal decisiva de la significación cognoscitiva en tales sistemas parece ser la interpretación de ella en términos observables” (p. 119). Esto implica que las proposiciones o aseveraciones solo tienen sentido en relación a sistemas explicativos más amplios (algo propio de la subsunción en la nomología deductiva) y que sean juicios no analíticos – para que pueden ser expresados en “términos observables”. Si no existen estos elementos mínimos para las formulaciones teóricas, tendremos *oraciones aisladas* (Hempel lo toma de Rech y Neurath), pues no pueden dejar de ser interpretadas a la luz de una teoría general y coherente y tampoco pueden ser examinadas de manera únicamente formal.

La sistematicidad de la ciencia implica que existen cuerpos teóricos generales, cuyas proposiciones no se presentan de forma aislada y solo pueden ser comprendidas en su interrelación y esto, incluso, puede extenderse a otros sistemas teóricos dentro de la misma ciencia o de otra, por lo que pueden conjugarse teorías físicas o químicas, por un principio de conectividad. Solo así la explicación de las teorías es cognoscitivamente significativa. La sistematicidad de la significación cognoscitiva de la ciencia estaría dada por estas características (Hempel, 1996: 123)

1. La claridad y precisión con que se formulan las teorías, se hacen explícitas las relaciones lógicas entre sus elementos y con expresiones dadas en términos observacionales
2. El poder sistemático – explicativo y predictivo - de los sistemas con respecto a fenómenos observables.
3. La simplicidad formal del sistema teórico con el que se logra cierto poder sistemático.
4. La medida en que las teorías han sido confirmadas por elementos de juicio experienciales.

Estas características destacadas por Hempel piensan a la sistematicidad científica en términos teóricos, en el que las teorías están compuestas por hipótesis y leyes de tipo explicativo – y por ende predictivo – cuyos elementos son significantes solo si mantienen

relación entre ellos y si permiten una expresión en términos observables, por lo que puedan ser confirmados o refutados.

Especialización: Otra cuestión importante sobre la ciencia es su especialización. La influencia cartesiana de establecer un método analítico para poder compartimentar el todo y entenderlo (aunque luego en un ejercicio sintético, se debe restituir su significado) por partes, conjuntamente con la división y taxonomía de los saberes aristotélicos ha constituido un punto de referencia para ir creando ciencias, técnicas y saberes de acuerdo a qué tipo de problemática se plantea. Precisamente, la especialización es un resultado de la diversidad del mundo y del conocimiento de que cada problema requiere un enfoque determinado. De esta especialización no solo se deriva un método particular de investigación, sino que además se generan conceptos también específicos que solo tienen significación dependiendo del marco de referencia. La ciencia no solo utiliza lenguajes artificiales (lógicos, algebraicos, etc.) sino también que crea un lenguaje especializado que permita definir el objeto de estudio, tratando de eliminar al máximo la polisemia o la ambigüedad. Por supuesto, la especialización no implica la posibilidad de resignificar o fundir los marcos a través de reglas de formación claras para crear nuevos campos de saber, precisamente, en aras de restituir el significado del todo.

La creación de lenguajes artificiales tiene por objeto la definición del problema en cuestión, pero el sentido de la ciencia es que el uso de este tipo de lenguajes sirve para dilucidar los problemas y no para volverlos más complejos, pues la ciencia intenta reducir la complejidad de los fenómenos para que sean asimilables. Si bien la especialización y el alto grado de abstracción de muchas ciencias impiden que su comunicación sea sencilla, esto es resultado de la complejidad de los fenómenos y no a la inversa. Se puede entender que un lenguaje artificial crea un contexto de análisis paralelo, pero su validez es solo posible en una relación biunívoca con el fenómeno en cuestión. La comunicabilidad es un principio propio de una comunidad abierta, como la científica, y además amplía las posibilidades de instrumentalización del conocimiento producido para la refutación de hipótesis. Más allá del grado de especialidad de los lenguajes y de los objetos de estudio, toda ciencia procura que sus enunciados sean lo más claros posibles.

Método: Si podríamos decir que las teorías son la base de la sistematicidad, el método científico es base de su racionalidad. El método y su dilucidación es uno de los problemas mayores de la filosofía de la ciencia, por una cuestión importantísima: el método científico solo obedece a unos pocos criterios de racionalidad que son parte del método general de la ciencia (adecuación, verificabilidad, validez, coherencia, etc.), pero no existe una normativa metodológica, pues los casos específicos, dadas las condiciones iniciales establece un método determinado. Dado que la racionalidad científica descansa en el método, es el tipo de método el que diferencia a la construcción de un conocimiento científico del que no lo es.

Un método cobra relevancia si se entiende que *reconstruye y representa* la realidad, constituye un grado de abstracción complejo que permite recrear elementos de la realidad para llevarlos al nivel más abstracto posible: las teorías.

Por lo general, se discute acerca del método científico, alrededor de la disputa entre pluralismo y unidad de la ciencia, así como la existencia del método y la tesis de la inconmensurabilidad de Feyerabend o de autores alrededor del relativismo epistémico. Dentro de la propia discusión acerca del estatus epistemológico y científico de ciertos saberes, con respecto a los denominados criterios de demarcación, la dilucidación acerca de la racionalidad

del método científico juega un papel fundamental. Frente a los estándares de aplicación de métodos abiertos y racionales, se introducen prácticas espurias como la falsificación o fabricación de datos, las deducciones vacuas, el plagio, etc.; este tipo de prácticas constituyen formas acentuadas de desviación con respecto a las prácticas comúnmente aceptadas por la comunidad científica (Andersen y Hepburn, 2016).

Cuando hablamos de prácticas aceptadas en la comunidad científica nos referimos a ciertos criterios estándares que pueden estar detrás de la misma racionalidad y normatividad de la ciencia (Caamaño Alegre, 2013) o en torno a paradigmas específicos en los que se mueven tales prácticas, como sostiene Thomas Kuhn (1970). De acuerdo a Kuhn, las teorías y prácticas esenciales del paradigma se replican a través del acervo científico acumulado en lo que denomina “normal science” (en instituciones de educación, manuales teóricos y prácticos, prácticas de laboratorio, etc.) y en el que se reconoce que los valores centrales son la predicción, capacidad de resolución de problemas, simplicidad, consistencia y plausibilidad (Andersen y Hepburn, 2016). Kuhn (1970) entiende que la ciencia es una forma de *puzzle solving*, es decir que da herramientas racionales, para dentro de los parámetros definidos en el paradigma, resolverlos a través de las prácticas que se traducen en el método.

Así, se establece una discusión alrededor de la existencia de la pluralidad metodológica, la unidad de la ciencia y la famosa tesis de la inconmensurabilidad de Feyerabend (el nihilismo sobre la existencia de un método y racionalidad científica). Se debe entender al método como la forma de alcanzar ciertos objetivos (Andersen y Hepburn, 2016), por lo que su naturaleza es instrumental y se vincula a la objetividad de la ciencia (Weber, 1904-2009) y a la propia racionalidad científica (Comesaña, 2009).

La cuestión central del método científico es la forma en la que se vincula el descubrimiento de regularidades en las clases naturales y su justificación: “the particularities of where and how theories or hypotheses are arrived at and, on the other, the underlying reasoning scientist use (whether or not they are aware of it) when assessing theories and judging their adequacy on the basis of the available evidence” (Andersen y Hepburn, 2016).

La cuestión central del método científico, después del llamado método baconiano, centrado en el descubrimiento de los objetos del mundo y la inducción (Bacon, 1620/2003), está también en el positivismo lógico. La cuestión del método se establece en una oposición entre los límites de la deducción (axiomática) y la inducción (probabilístico). En ambos casos, se asume que las oraciones de las hipótesis y proposiciones científicas tienen significado porque pueden ser reducidas a observaciones (reglas de correspondencia) y se pueden verificar, confirmar, falsar, etc. Por un lado, se piensa en la forma en la que las teorías pueden establecer formas de explicar fenómenos particulares u otros fenómenos generales (como leyes subsidiarias) a través de las *covering laws* del ND de Hempel o la explicación reconstructiva. Por otro lado, se piensa en cómo se puede usar métodos probabilísticos para la inducción. La relación entre deducción-inducción ha sido uno de los temas fundamentales en la filosofía de la ciencia.¹⁹⁴

Bunge propone la siguiente serie ordenada de operaciones que se utilizan en la ciencia (1983: 25 – 26): 1) enunciar preguntas bien formuladas, 2) arbitrar conjeturas, fundadas y

¹⁹⁴ Para ilustrar la crítica al inductivismo, podemos citar la famosa paradoja del cuervo o *raven paradox*: “Hempel (1965) pointed out that if an observation confirm a give hypothesis, it also confirms all other hypotheses that are logically equivalent to it” (Andersen y Hepburn, 2016: s/p). En términos lógicos, la generalización por inducción de que todos los cuervos son negros es equivalente a todos los objetos no negros no son cuervos.

contrastables con la experiencia, para contestar a las preguntas, 3) derivar consecuencias lógicas de las conjeturas, 4) arbitrar técnicas para someter las conjeturas a contrastación, 5) someter a su vez a contrastación esas técnicas para comprobar su relevancia, 6) llevar a cabo la contrastación e interpretar los resultados, 7) examinar la pretensión de verdad de las conjeturas y la fidelidad de las técnicas, 8) determinar los dominios en los cuales valen las conjeturas y las técnicas y formular los nuevos problemas de investigación.

El mismo autor también postula cinco reglas mínimas del método: 1) formulación precisa y específica del problema, para eliminar la vaguedad y la generalidad, 2) proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo (se debe explicitar el fundamento), 3) someter las hipótesis a una contrastación rigurosa; 4) no declarar verdadera una hipótesis satisfactoriamente confirmada; se la debe considerar, en el mejor de los casos, como aproximadamente verdadera; 5) preguntarse por qué la respuesta es como es y no de otra manera (pp. 26–27).

Sobre la base de estas generalidades, el método o los métodos científicos son un proceso de construcción que busca la adecuación de problemas particulares a los marcos teóricos generales, en la medida en la que se consideren condiciones iniciales y todas las hipótesis auxiliares para minimizar los imponderables de la investigación. El método o los métodos científicos son un proceso complejo cuya construcción obedece a la racionalidad de la ciencia. En la actualidad se reconoce la inexistencia de un modelo único, sino que existen o coexisten un conjunto de modelos, entre ellas, incluso, el anarquismo metodológico de Feyerabend, cuyo postulado es la imposibilidad de unificación del método, por lo que se niega la posibilidad de establecer reglas – métodos – para el desarrollo del conocimiento científico.

Por otro lado, de alguna manera opuesto a Feyerabend, se reconoce que existen estándares de racionalidad, normatividad y pruebas que se siguen implícitamente por los científicos (Caamaño Alegre, 2013; Comesaña, 2012; Kolodny y Brunero, 2016), quienes recalcan que el éxito puede ser visto como un conjunto estandarizado de prácticas.¹⁹⁵

Para Caamaño Alegre (2013: 3240 ss.), la mayoría de estas normas están implícitas en las prácticas, lo que hemos conectado con la propia naturaleza del método. Esta autora hace una distinción entre una aproximación naturalista y otra pragmática de las prácticas entendidas como normas, y recupera elementos centrales en la relación de práctica y normatividad:

1. Normas relacionadas a la autocorrección – se toma como una de las características centrales de la reflexividad del método científico (Pierce). Estas prácticas están relacionadas a: manipulación de objetos de estudio; prácticas como experimentación, observación, medición, que deben poder ser repetidas como norma de autocorrección; manipulación correcta de aparatos (calibración); correcciones sobre sesgos, simulaciones.
2. Normas relacionadas a la predicción – pues en el sentido del método, permiten la corroboración de los postulados. Estas prácticas incluyen aquellos experimentos controlados en laboratorio, incrementar de forma significativa las posibles predicciones (en contra de la propia *ad hocidad*, como crítica al método por parte de Feyerabend).

¹⁹⁵ “When the success is not achieved by chance, but because of that practice proving most effective, the properties on which that effectiveness is grounded constitute also the basis for a corresponding norm concerning how a practice must be in order to guarantee the attainment of a certain end, or at least to significantly increase its likelihood” (Caamaño Alegre, 2013: 3229).

3. Normas relacionadas a la explicación – que incluyen la predicción efectiva, adecuación empírica, coherencia, ámbito. Una explicación coherente permite un manejo correcto de hipótesis, establecimiento de causalidades.
4. Relacionadas al cálculo o cómputo – que incluyen la adecuación empírica y ámbito, simplicidad, eliminación de sesgos, sobre y sub representación, discriminación de evidencia, inclusión de cláusulas CP u otro tipo de idealizaciones.

En definitiva, el método relaciona prácticas concretas que conducen a las mejores explicaciones y constituye el elemento central de la normatividad y la racionalidad en la ciencia.

3.3 Racionalidad científica y racionalidad jurídica

Quisiera empezar este apartado haciendo una distinción entre lo que consideraría como un tipo de racionalidad sustantiva entendida como una *cualidad constitutiva propia del ser humano* y que está presente en el pensamiento occidental y es rastreable, al menos, desde Heráclito, en el *logos*, que funge como condición privativa de lo humano y que nos distingue del resto de los otros elementos del Universo. Este tipo de racionalidad es lo único que diferencia de forma sustancial a los humanos de animales y plantas. De acuerdo a Aristóteles (*Del alma*), compartimos la nutrición con ambos; la locomoción y la facultad desiderativa con los animales, pero la razón es privativa de los humanos. Esta racionalidad sostiene un atributo ontológico humano y por ello puede ser considerada como *sustantiva*.

A este tipo de racionalidad, que sostiene una metafísica sobre la “naturaleza” humana, podríamos oponer un tipo de racionalidad llamada *instrumental*, que es entendida como la mejor forma de usar los medios a disposición para alcanzar ciertos fines (Kolodny y Brunero, 2016).

A más de la racionalidad sustantiva e instrumental, se reconocen otros varios tipos, puesto que este término suele designar conceptos bastante heterogéneos, aunque siempre ha transitado en la tríada *logos*, *ratio*, *intellectus*. Así, la racionalidad ha estado generalmente vinculada a la capacidad de argumentar las ideas, pensamientos o responder al ¿por qué?, a la *rationem reddere*¹⁹⁶ (Mora Burgos, 2003: 93). La racionalidad no puede ser reducida ni a los componentes metafísicos de la razón sustantiva ni a una racionalidad de coherencia con arreglo a fines. Se reconoce el carácter contextual de la racionalidad y, por ende, la dificultad de su reducción a unos pocos elementos. La racionalidad puede ser abordada en varios de sus contextos, ya sean cognitivos-epistémicos, práctico-normativos; o en la versión de Spinner¹⁹⁷, como principios fundamentales-fórmulas contextuales (Mora Burgos, 2003; Seidl y van

¹⁹⁶ “La expresión *rationem reddere*, en su origen, se aplicaba o presuponía la rendición de cuentas al amo” (Jouanique, 1961: 228) (En francés en el original, la traducción es mía: “L’expression *rationem reddere* s’appliquait à l’origine au préposé qui rend des comptes à son maître”). La idea presente en Jouanique es que la *rationem reddere* es una rendición de cuentas de una persona que administra los bienes de otro, y, por ello, debe argumentar el uso de los bienes y las existencias. La relación que hace Mora Burgos (2003) tiene que ver con la necesidad de argumentar lo que se sostiene y que atraviesa todos los discursos.

¹⁹⁷ “Helmut Spinner developed his concept of ‘occasional reason’ mainly as a reply to the ideas of Karl Popper and Max Weber... He criticized the one-sided view of rationality of the Western world, which treats only a specific mode of action as rational, branding all else as ‘irrational’ (Spiner 1994, pp.25-5). According to this concept, arguments or actions are only rational to the extent that they can be subsumed under some general principles, for example, the economic principle or Kant’s categorical imperative. For Spinner, however, this is not the only form of rationality... he terms ‘occasional rationality’ or ‘occasional reason’. Every human being usually possesses both of these forms of reason; and everyday action always represents a combination of both in different proportions” (Seidl y van Aaken, 2009: 56).

Aeken, 2009). Sin embargo, estos abanicos no agotan el problema. Algunas de las formas de entender la racionalidad de acuerdo a contextos diferentes, pueden ser:

- Racionalidad sustantiva – aquella que, como hemos señalado, refiere a atributos propios de lo humano y lo distinguiría entre las demás especies. Esta vía de racionalidad, estuvo ampliamente ligada al dualismo platónico, en el que la razón era el constitutivo privativo de lo humano por encima de lo sensible y pasó, en lo posterior, a considerarse un atributo del alma entre los idealistas.
- En una forma similar, Diéguez (2011) propone una evaluación de los atributos racionales de lo humano propios de su propia tendencia evolutiva, por lo que tales capacidades son un producto casual y complejo del desarrollo biológico humano, que se comparte, en distintos grados, con otras especies. Se describe las cualidades de racionalidad humanas. “La racionalidad en este sentido descriptivo consiste simplemente en disponer de ciertas capacidades cognitivas de alto nivel (que, entre otras cosas, implican la posibilidad de abstracción, de categorización y de razonamiento)” (Diéguez, 2011: 180).
- Muy cercana a la racionalidad sustantiva, en el sentido de atributo humano, está la racionalidad entendida como la capacidad humana de crear una estructura sintáctica lógico formal. Una discusión sobre el carácter ontológico de la lógica ha tenido lugar dentro de la filosofía trascendental y la filosofía analítica moderna. Baste recordar la discusión entre Frege y Carnap sobre el carácter general y universal de la lógica, relacionada con las capacidades cognitivas humanas. Para Frege, la normatividad formal presupone que las normas lógicas son constitutivas del pensamiento, por lo que cobran un carácter prescriptivo – “laws of thought” -, lo que implica que la lógica no es una ciencia especial, sino que toda ciencia debe ser evaluada bajo leyes lógicas.¹⁹⁸ Por el contrario, Carnap sostiene una especie de “principio de tolerancia”, al negar el carácter absoluto de la lógica proposicional, dado que en ausencia de un estándar externo de corrección, escogemos el sistema que mejor se adapte a nuestros fines teóricos. Así, en Frege se presentaría un presupuesto de racionalidad monista en la lógica, mientras Carnap adopta una posición más pluralista y pragmatista (Steinberg, 2014).
La relación entre lógica y ontología asume una racionalidad universal, por lo que las estructuras sintácticas formales presuponen cierta universalidad, más allá de la notación y los contenidos (Hofweber, 2014). Esta discusión sobre el carácter de la lógica y la universalidad de su racionalidad, contempla cierto tipo de relación con las cualidades *a priori* de la cognición humana.
- Racionalidad instrumental – es el tipo de racionalidad con arreglo a fines al cual se refiere Weber (1922/2014) y que permite alcanzar, a través de ciertos *pathos*, los objetivos perseguidos. Ante la cuestión ¿qué hace al agente tener razón? Se impone que se puede construir una especie de mapa cognitivo en base a una coherencia racional entre objetos y medios (Kolodny y Brunero, 2016), como una especie de

¹⁹⁸ “Para empezar, los términos ‘racional’ y ‘racionalidad’ pueden tener un uso descriptivo o bien un uso normativo o evaluativo. En el primer caso se dice, por ejemplo, que el hombre es un animal racional, que las inferencias causales son un componente central de la racionalidad o que la filosofía es una actividad racional... Pero ‘racional’ y ‘racionalidad’ pueden emplearse –y habitualmente se emplean– en un sentido normativo, oponiéndoseles entonces los términos ‘irracional’ e ‘irracionalidad’. Cuando los empleamos así, asumimos que aquello a lo que se atribuyen esos términos ha sido alcanzado o realizado mediante un uso apropiado de la razón, lo cual ha conducido a un resultado deseable, ya sea desde un punto de vista teórico o práctico” (Diéguez, 2011: 180).

- algoritmo que nos lleva a dilucidar de forma analítica y práctica los mejores caminos para llegar a un punto determinado.
- Razón práctica – se entiende por razón práctica a aquella que desde Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) está relacionada con la prudencia, es decir al obrar de forma moral en el ámbito privado y público. En Kant (1788/2013), como se ha dicho, la razón práctica tiene como fundamento a la razón pura. Precisamente, la filosofía trascendental de Kant permite comprender cómo, en base al reconocimiento de las formas puras *a priori*, se actúa de manera concreta en el mundo a través de principios prácticos universales que superan la individualidad de los sujetos. Pero, más allá de la propuesta kantiana, se entiende por razón práctica, en una línea que va de Aristóteles – Santo Tomás – Kant, como principios de acción en el mundo en base a criterios de razón, que contienen, en última instancia elementos axiológicos éticos y morales. La razón práctica responde a la pregunta: ¿qué se puede hacer en términos éticos y políticos? y, por ello, también puede ser considerada como razón normativa (Mora Burgos, 2003).
 - Racionalidad “ocasional” – propuesta por el filósofo alemán Helmut Spinners, que hace referencia a tipos de racionalidad contextuales de acuerdo a las variantes cognitivas de los agentes y el medio en el que se desenvuelven en un momento dado.
 - Racionalidad discursiva – esta forma está muy unida a la *rationem reddere*, pues se basa en la lógica argumental de los discursos que tienen un afán demostrativo. Esta misma propiedad es parte de la llamada racionalidad teórica (Mora Burgos, 2003), es decir a la forma en la que se agrupan las diferentes proposiciones explicativas o demostrativas sobre algún aspecto del mundo. Este tipo de racionalidad es vital para la ciencia, pero no es exclusiva de este campo. La racionalidad discursiva se despliega en la vida cotidiana, aunque la construcción teórica ya es propia del ajuste de los argumentos a sistemas expositivos, como en el caso de la teología, el derecho, la ciencia, etc.
 - Elección racional y racionalidad acotada – la famosa *bounded rationality*, de Herbert Simon (1982), propone una revisión a la teoría de la elección racional. La elección racional supone un tipo de razón instrumental, en la que los agentes económicos se conciben de forma individual (los individuos somos agentes) y buscamos maximizar los beneficios a obtener, minimizando los recursos a usar. Presupone, además, ciertas características cognitivas para los agentes, como acceso completo a la información y gran capacidad de cálculo y procesamiento de dicha información, con el objeto de maximizar los beneficios. La racionalidad acotada de Simon no toma a los individuos como agentes con gran capacidad de cálculo y asume restricciones en el acceso a la información, y, más bien, concibe el uso de heurísticos, atajos cognitivos, prejuicios y otro tipo de formas de resolver problemas, dadas las limitaciones cognitivas, de información, tiempo, etcétera, a la que se enfrentan los agentes.
 - Mora Burgos (2003) propone también incluir a la racionalización descrita por psicólogos como una forma de racionalidad. La racionalización - *rationalization* – es una forma argumental en la que se buscan explicaciones *ex post* a conductas previas, con el fin de darles un cariz aceptable. En el psicoanálisis freudiano, la racionalización constituye una forma de mecanismo de defensa. Con la introducción del término “inconsciente” o “subconsciente” por parte de Eduard von Hartmann y retomado y desarrollado posteriormente por Freud, se explica a todo acto humano como “razonable”, aunque no necesariamente como “racional” – entendido como coherente, lógico, argumentado, con miras a un objetivo. A través del subconsciente se podría

explicar cómo, hasta los actos más absurdos son razonables a la luz de una explicación que va más allá de la atención, la vigilia y la conciencia (Brennan, 1999).

3.3.1 Racionalidad en la ciencia

La racionalidad de la ciencia a la que nos vamos a remitir está relacionada con varios tipos.¹⁹⁹ Para Comesaña (2011: 217), la tesis fundamental del racionalismo de la ciencia es que es racional – coherente - y además lo es en el sentido expresado por Weber, es decir que la ciencia tiene una forma particular de alcanzar los resultados esperados. Entonces, podríamos afirmar que la ciencia busca solucionar problemas con unos métodos adecuados a tales problemas. Esto nos lleva a una sentencia de Popper (2005: 193): “*la ciencia siempre empieza con problemas y termina con problemas*” (en cursivas en el texto original), lo que implica que el planteamiento de aquellas preguntas que mueven a la investigación son racionales si pueden expresarse en términos de lo que le es posible responder a la ciencia y lo es si sigue unos métodos adecuados para explicar de la mejor forma posible a los problemas planteados. El método, por tanto es una cuestión sustancial de la racionalidad científica.²⁰⁰

La ciencia implica el reconocimiento de varios tipos de racionalidades: por un lado, la racionalidad argumentativa o teórica, pues la función de las hipótesis y teorías es dar explicaciones en el orden de la *rationem reddere*, es decir fundamentar las explicaciones y predicciones a través del análisis de las hipótesis, que deben seguir un método coherente, basado en una racionalidad con arreglo a fines o similar. Esta racionalidad con arreglo a fines es la base de los métodos científicos. Se reconoce que la función explicativa de la ciencia de las regularidades del mundo, a través de proposiciones nómicas es posible gracias al método. La ciencia se encarga de un tipo de explicaciones concretas que no buscan el sentido de causas finales, como las buscaba la metafísica, la teología, la religión.

La explicación racional en ciencia se mueve en el contexto de la justificación, y parte de la distinción estándar que Hanson realizó en 1958 entre “descubrimiento” y “justificación” del mismo (Comesaña, 2011). Se puede reconocer la relación interdependiente entre ambas, pues la justificación restringe enormemente la posibilidad de trabajar con cierto tipo de hipótesis, que son concebibles en el marco que encadena a los nuevos descubrimientos, con la justificación y la explicación. Esto se conecta con la discusión en torno a los criterios de demarcación. Este principio de racionalidad que fundamenta los argumentos posibles, sigue una estructura clara, que toma en cuenta:

- El tipo de fenómenos que se pueden estudiar en ciencia –que son fenómenos cuyas regularidades son susceptibles de ser explicadas, reducidas o entendidas a tipos de constructos nómicos (Díez y Moulines, 1997), como hipótesis generales, leyes,

¹⁹⁹ Por supuesto que una característica propia de la ciencia es ser una especie de producto de tal “racionalidad sustantiva”, como dice Popper (2005), la búsqueda de explicaciones sobre diversos hechos que acaecen en el mundo es una cuestión solamente humana.

²⁰⁰ De una forma muy general, Hempel distingue una forma particular de método científico de corte inductivo que construyó la ciencia del primer positivismo: “cuatro estadios en una investigación científica ideal: (1) observación y registro de todos los hechos; (2) análisis y clasificación de estos; (3) derivación inductiva de generalizaciones a partir de ellos, y (4) contrastación ulterior de las generalizaciones. Se hace constar explícitamente que en los dos primeros estadios no hay hipótesis ni conjeturas acerca de cuáles puedan ser las conexiones entre los hechos observados; esta restricción parece obedecer a la idea de que esas ideas preconcebidas resultarían tendenciosas y comprometerían la objetividad científica de la investigación” (Hempel, 1987: 32). Un método de este tipo sería imposible para Hempel, pues no existe forma de recolectar “todos los hechos” o la clasificación de estos (algo que le ha llevado tiempo y le llevará mucho más a las intenciones taxonómicas y analíticas de la ciencia. El método, así visto, es una simplificación errada de lo que realmente se hace en ciencia y es un criterio demarcatorio sobre el método con casi ningún poder explicativo ni instrumental.

modelos explicativos, teorías, pues estas formas de abordar los elementos en estudio, trascienden al propio elemento, es decir, se formulan explicaciones fundamentales que se pueden aplicar a fenómenos similares en condiciones similares. Por ello, Poincaré (1914) sostiene que el tipo de fenómenos de los que la ciencia se ocupa son aquellos en los que se puede encontrar la belleza de la naturaleza surgida del “armonioso orden de sus partes” a “descubrir similitudes ocultas bajo discrepancias aparentes” (p. 11). Solo en este sentido de fundamentación de regularidades se puede crear hipótesis predictivas y explicativas, lo que se emparenta con la condición simétrica entre explicación y predicción sostenida por Hempel (1996).

Para Poincaré (1914), reconocer a estos fenómenos es lo que distingue el deseo de hacer ciencia de otro tipo de saberes. Se debe partir de entender, qué tipo de fenómenos se abordan en la ciencia y cuáles no.

- El tipo de hipótesis explicativas y el conjunto de argumentos para explicar las relaciones entre tales fenómenos es solo posible en un contexto explicativo justificado (Comesaña, 2011). Lo que distingue a las hipótesis (explicaciones provisionales) de la ciencia, de otro tipo de explicaciones, es su carácter general y que se entiende que lo que se dice puede ser susceptible de experimentarse de alguna forma, para sostener los medios de justificación (Comesaña, 2011), falsación (Popper, 1934/1980), verificación o confirmación (Carnap, 1932/1993; 1936), etc. Existen diferencias sustanciales entre estas formas de abordar las hipótesis científicas, pero todas constituyen uno de los criterios centrales de la racionalidad científica, pues la fundamentación en ciencia tratará de justificar o comprobar de forma racional y empírica sus aseveraciones. A fin de cuentas, se evalúa de forma plausible y razonable las aseveraciones hechas a través de teorías científicas acerca de los fenómenos a los cuales se refieren.
- La relación que existe entre los fenómenos y lo que se dice de ellos en ciencia, se sigue a través del método. En general, se acepta que existe una distinción entre los métodos particulares de cada una de las ciencias especiales (Bunge, 1983; Bueno, 1995), pero también se puede aceptar que existe una especie de “espíritu” común en la racionalidad científica, que es extensiva a todas y se la entiende como el “método científico” (Hanson, 2015) por parte de los “unificacionistas” (Andersen y Hepburn, 2016).

Para Bunge, la ciencia no es aquel tipo de saber que posee el monopolio de la verdad, sino que posee el monopolio de los mejores métodos posibles para llegar a un tipo de explicaciones satisfactorias (Bunge, 1983). Aquello que convierte a la ciencia en una forma particular de explicar el mundo – en contra de las posturas posmodernistas – es que la racionalidad científica descansa en un método determinado para interrelacionar de la mejor manera posible a los fenómenos estudiados con las explicaciones que hacemos de ellos.

Precisamente, ante la ausencia de un método unificado (lo que no implica la inexistencia de una unificación de la racionalidad científica a través de los métodos) o de criterios de demarcación establecidos, se quiere pensar que la ciencia carece de unidad, racionalidad, coherencia o que puede ser igualado a cualquier otro discurso.

En el sentido antes mencionado, Paul Feyerabend (1974) sostiene que su teoría de la inconmensurabilidad restringiría “severamente la eficacia de la *argumentación* tradicional” (p. 94), por lo que atañe directamente a la cuestión de la racionalidad en la ciencia. Para este autor, el racionalismo crítico (cuyo origen lo atribuye a Hume) consiste en “el intento de criticar, y no en el intento de demostrar o de hacer probable” (p. 95); una ciencia centrada en los problemas de la demostración argumental y la

justificación empírica tiende a contradecir su propia apertura y disposición crítica, elemento central en la racionalidad.

Feyerabend se pregunta dos cosas, y me centraré en la segunda²⁰¹: “¿Es *deseable* vivir en concordancia con las reglas de un racionalismo crítico? ¿Es *posible* tener las dos cosas: una ciencia tal como la conocemos y estas reglas?” (p. 98). La respuesta de nuestro autor a la segunda pregunta es un rotundo “no”. Se contrapone a la idea de Popper de que la ciencia empieza con un problema para resolverlo, sino que lo hace “a partir de alguna actividad irrelevante, como jugar, que, al modo de un efecto lateral, conduce a desarrollos que posteriormente pueden ser interpretados como soluciones a problemas inadvertidos” (p.99-100). La racionalidad crítica – que gira alrededor de los criterios de demarcación popperianos – basada en el falsacionismo, la contrastabilidad máxima y la “*no-adhocidad*” “destruiría por completo la ciencia como la conocemos y nunca la habría permitido empezar” (p. 100). Esto implica que estos criterios de demarcación estrictos van en contra de lo que el propio desarrollo científico nos ha demostrado (Feyerabend se remite al título de “falsacionismo ingenuo” que usa Lakatos), y tampoco nos permite hablar de un método, entendido como un conjunto de reglas que permiten resolver problemas de la mejor manera posible de acuerdo a los recursos disponibles, es decir, a esa racionalidad expresada por Weber.

Nos atendremos a otra crítica común a la forma de hacer ciencia, y es la desarrollada por Bruno Latour (1987) en su libro *Science in action*, en el que usa el aforismo de “abrir la caja negra” para referirse a desentrañar las prácticas científicas, pues nos atenemos a evaluar los resultados como objetos terminados y no caemos en cuenta de ciertos problemas que se van presentando en el proceso y que justifican el proceder de los científicos. La literatura de la ciencia, a diferencia de otro tipo de literatura, gozaría de la enorme prebenda de tener un estatus acumulativo, por lo que su revisión exhaustiva no es necesaria – no hace falta remitirse a Newton y sí a un libro de texto estándar - y los descubrimientos o teorías que justifiquen cierto estatus en el ámbito científico y académico. El discurso científico es complejo, cerrado y privativo de los expertos, por lo que el afán crítico es muy restringido a una institucionalidad que crea los elementos de juicio – la supuesta racionalidad – para evaluarlos. La idea general de Latour es que las relaciones sociales e institucionales que crean los científicos son más importantes que la lógica y coherencia interna a la hora del éxito de los textos científicos. La ciencia se deshace de los hechos que le son inútiles; tiene mecanismos que son “extra-científicos”; la validez es un acto confirmatorio, por lo general posterior; los actos de “persuasión” de los científicos no pueden ser desdeñados. En definitiva, son parte de los elementos de la institucionalidad científica, cuyas prácticas son más importantes que la racionalidad inherente.

Latour pone acento en la cualidad retórica con la que la ciencia resuelve las controversias.

This is understandable since people in disagreement open more and more black boxes and are led further and further upstream, so to speak, into the conditions that

²⁰¹ Respondiendo a la primera pregunta, viene uno de los grandes problemas denunciados por Feyerabend (1974) y sería la tendencia a extrapolar, inundar, invadir o penetrar a todos los demás órdenes de la vida con esta actitud sobre la ciencia, pues el problema no queda en la libertad de pensamiento y apertura académica, sino que termina por sopesar sistemas totalitarios de pensamiento, en donde se pone en juego la pérdida de la “libertad de voluntad” propia de sistemas políticos abiertos. Al respecto, puede que Feyerabend tenga razón y que la ciencia termine por ser un modelo no deseable para otros aspectos de la vida o que llegue a penetrar de manera equivocada otras esferas de lo público, pero eso no nos lleva a pensar que una ciencia sin racionalismo crítico no es preferible a una “anárquica” en el sentido propuesto por el autor en cuestión.

produced the statements. There is always a point in a discussion when the local resources of those involved are not enough to open or close a black box. It is necessary to fetch further resources coming from other places and times. People start using text, files, documents, articles to force others to transform what was at first an opinion into a fact. If the discussion continues then the contenders in an *oral* dispute become the *readers* of technical text or reports. The more they dissent, the more the literature that is read will become scientific and technical. (Latour, 1987: 30)

Esta es la postura que para Sokal y Bricmont (1999) caracteriza a la visión sociologicista de la ciencia, que la comparten Latour o los teóricos del denominado “programa fuerte”, el pensamiento que la ciencia es social de principio a fin (p. 129).

Estos autores adoptan una postura crítica contra Latour y los demás teóricos del programa fuerte, opinión que es compartida por Comesaña, pues las posturas sociologicistas tan solo atienden a una parte del problema, el sentido contextual de la ciencia, sin entender que existe una racionalidad interna propia para aceptar o rechazar teorías, que le da enorme éxito explicativo, predictivo y además se evidencia en los avances tecnológicos. Esta cuestión también es una de las justificaciones de Poincaré (1914) contra los discursos irracionalistas. Para este autor, los avances técnicos del mundo moderno son argumentos incontestables a favor de la racionalidad científica (que en sentido racional, para este autor, no difiere en lo sustancial con ciencias formales como las matemáticas o geometría).²⁰²

Uno de los reproches que se le ha hecho a la ciencia es que no es objetiva y que está siempre al servicio de intereses espurios. Esta acusación es incompatible con el éxito de la ciencia. La ciencia en algunas de sus ramas – principalmente en la física –, ha tenido un impresionante éxito predictivo, que ha servido de base a notables avances tecnológicos. (Comesaña, 2011: 219)

Si bien, se puede reconocer la influencia de factores “extra-científicos” – tales intereses espurios, pseudociencia, errores intencionados o no, factores institucionales, etc. – acentuar tales problemas implica desconocer la racionalidad científica. Para Comesaña no se puede adoptar en conjunto una visión sociologicista y racionalista a la vez.²⁰³ Para Sokal y Bricmont (1999) la postura sociologicista de la ciencia es la base del relativismo epistémico, que también niega la racionalidad a la ciencia, porque se parte del presupuesto de que la verdad o falsedad de una teoría científica es relativa a un individuo o grupo social y “entra en contradicción con la idea que los científicos tienen de su propia práctica” (p. 65).²⁰⁴

Siguiendo con estos autores, el sociologismo impone un relativismo radical que en nada se diferencia del solipsismo, quedarse en el plano del puro subjetivismo y en las puras sensaciones. En el mejor de los casos, se refiere a un relativismo cultural que piensa que las verdades son meros constructos sociales. Esto se apoya en una oposición fundamental con las corrientes realistas y sus variantes en la filosofía de la

²⁰² “La historia de la ciencia nos enseña que lo que realmente conduce a la aceptación de una teoría científica son, sobre todo, sus éxitos” (Sokal y Bricmont, 1999: 75).

²⁰³ Habría que aclarar que el autor se refiere a un tipo de sociologismo de corte enfáticamente relativista, que no necesariamente sigue ni la tradición de los comienzos de los estudios en sociología de la ciencia, como los de Merton o Polanyi, ni coinciden con el estatus epistemológico que se da a las teorías científicas.

²⁰⁴ Sería bueno aclarar, que la cuestión de la práctica científica no es un asunto de científicos, propiamente, sino de filósofos de la ciencia. Más bien, se podría tomar la frase como una aceptación de los científicos de la racionalidad inherente a su propia práctica.

ciencia con respecto a una actitud positiva frente a la posibilidad de un conocimiento sobre el mundo a través de la ciencia²⁰⁵ (Chakravartty, 2015).

El desconocimiento de las dimensiones del realismo y la negación de la posibilidad del conocimiento científico, a pesar del éxito predictivo de las teorías científicas y sus resultados en el mejoramiento tecnológico, haría de corrientes como el relativismo y esa forma de sociologismo partícipes de lo que Chakravartty llama “el argumento del milagro”. Frecuentemente, el antirrealismo sostiene que la investigación científica está frecuentemente marcada por problemas de adecuación, manipulación de datos o incluso parte de cierto escepticismo sobre nuestra posibilidad de comprender el mundo. El “argumento del milagro” dice que si no se asume una posición realista, y se es meramente instrumentalista o antirrealista, no se puede explicar de forma satisfactoria el éxito tecnológico o predictivo, como si estos fueran solo producto de una especie de milagro. Precisamente, en el peso que da Latour a las ficciones en ciencia, está una clave de las críticas a las teorías científicas. Este autor parece no tomar en cuenta cómo las ficciones permiten un *mejor tratamiento* de los fenómenos para mejorar su nivel explicativo y predictivo, prescindiendo de factores *irrelevantes* – y no por ello tomados como inexistentes – a la hora de teorizar.

En la postura de Latour, al poner énfasis en las relaciones institucionales y en la capacidad de persuasión de los científicos, no solo se limita el rol del método científico, sino que prácticamente se lo anula. En las observaciones en laboratorio, Latour propone seguir a los científicos para ver cómo participan en la construcción de los hechos y cómo se establecen patrones de análisis convencionales (que ulteriormente desembocan en teorías) que funcionan como una especie de *paradigma* autosuficiente al que luego se van adhiriendo los nuevos elementos (científicos, técnicos) a la cadena, para terminar por corroborar los postulados²⁰⁶. En el caso de Feyerabend, al hablar de la imposibilidad de establecer un estándar para el análisis de las teorías científicas y poder compararlas (la propuesta de la incomensurabilidad) y tampoco de un método (basta recordar el título de su libro más famoso), se ataca a la propia

²⁰⁵ “Scientific Realism is a position concerning the actual epistemic status of theories... For example, most define Scientific Realism in terms of the truth or approximate truth of scientific theories or certain aspects of theories. Some defines in terms of the successful reference of theoretical terms to things in the world, both observable and unobservable” (Chakravartty, 2015: s/p).

Chakravartty (2015) destaca las tres dimensiones del compromiso realista: 1) una dimensión metafísica u ontológica – la aceptación de la existencia de un mundo independiente de la mente: “independent mind-commitment”, a la que se oponen las visiones idealistas de corte neo-kantiana o relativistas-culturalistas. 2) La dimensión epistemológica: “Epistemologically, realism is committed to the idea the theoretical claims (interpreted as describing a mind-independent reality) constitute knowledge of the world” (s/p); esto implica la posibilidad de realizar procesos de abstracción complejos de los “objetos” y fenómenos del mundo a través de los sentidos, lo que se opone al subjetivismo extremo o solipsismo, que, en una simplificación, partirían de los sentidos con cierta independencia de los objetos, pues las impresiones resultan ser meramente individuales.

3) La dimensión semántica: “Semantically, realism is committed to a literal interpretation of scientific claims about the world. In common parlance, realists take theoretical statements at ‘face value’. According to realism, claims about scientific entities, processes, properties, and relations values, whether true or false”. En contra de la visión instrumental, desde el punto de vista semántico, se interpreta la descripción de lo inobservable como instrumento para la predicción de fenómenos observables. Esta dimensión sería la más objetada desde el punto de vista de las interpretaciones que se pueden hacer de las teorías científicas y sus instrumentos de medición, desde el punto de vista de las corrientes semánticas de las teorías científicas, las visiones convencionalistas o críticos como Cartwright (1983), que sin adoptar posiciones relativistas, tienen un relativo *escepticismo* acerca de lo que Chakravartty llama dimensión semántica.

²⁰⁶ La siguiente cita de Latour (1989/1992) ejemplifica su posición relativista frente a dos marcos referenciales esenciales de análisis del conocimiento humano: “La mayoría de las dificultades que nos impiden entender a la ciencia y a la tecnología provienen de nuestras creencias de que el espacio y tiempo existen de manera independiente, como si se tratase de estructuras diferentes de referencia inquebrantables donde acontecen los hechos y los lugares. Dicha creencia hace imposible comprender que se pueden producir diferentes espacios y tiempos en el interior de la red construida para movilizar, acumular y re-combinar al mundo” (p. 217)

racionalidad científica en el sentido de coherencia interna. Tal coherencia y racionalidad sencillamente no existen. Sin embargo, se debe hacer diferenciaciones necesarias. Caamaño-Alegre (2001) establece una relación entre inconmensurabilidad e inconsistencia como dos nociones que deben distinguirse con claridad, pues a diferencia de la inconsistencia, la inconmensurabilidad sería para la autora una forma de relación de oposición no contradictoria.

Al respecto, Sokal y Bricmont (1999) piensan que el “método científico no es radicalmente distinto de la actitud racional en la vida corriente o en otros ámbitos del conocimiento humano” (p. 68). Con ello, se refieren al establecimiento de patrones para solucionar problemas en la relación medios-fines. Estos autores señalan que el fracaso de los intentos de Popper y los autores del Círculo de Viena de codificar al método científico no nos puede llevar a un escepticismo irracional ni a un absoluto relativismo. Se puede aceptar la imposibilidad de establecer un patrón único o reglas universales fijas para calificar el procedimiento de los científicos y su método, donde el rol de las intuiciones, otras formas de cognición o circunstancias extracientíficas tienen también un rol, pero de allí, a la propuesta del anarquismo y el *todo vale* de Feyerabend no hay un punto en común.

De acuerdo a Feyerabend (1975) es imposible tener una “racionalidad universal”, pero precisamente, la racionalidad científica es contextual, puesto que no siempre se persiguen los mismos objetivos y los recursos, ciertamente, tampoco son los mismos; de allí la importancia de la aplicación de reglas de inferencia o de inducción, adoptar leyes estrictas o probabilistas, matematizar o no, recurrir a instrumentos de observación existentes, adoptar hipótesis *ceteris paribus* o crear modelos basados en abstracciones, ficciones, etc. Tal como asevera Comesaña (2011), si hubiese una forma de hacer un algoritmo único o estándar del método científico, se podrían hacer programas para crear teorías científicas.

3.3.2 Racionalidad jurídica

En el caso de la racionalidad jurídica, ésta también es partícipe de diferentes modelos de racionalidad. Supone, dependiendo de la teoría jurídica, que existiría una racionalidad sustantiva, por ejemplo, para el caso de las teorías iusnaturalistas. También, la fundamentación lógica y coherente es requisito indispensable de la argumentación jurídica (Atienza, 2005)²⁰⁷. La participación del *rationem reddere*, por supuesto no es una particularidad ni de la ciencia ni del derecho, es la forma misma de argumentación en varios espacios de la vida (que el mismo uso de paralogismos puede ser una muestra de tal necesidad en varios órdenes de la vida). El caso es que la racionalidad jurídica participa de las mismas racionalidades pero en diferentes órdenes y niveles.

En primer lugar, diría que la racionalidad jurídica es práctica y solo allí se puede entender su dimensión. Esta idea de entender al derecho en su naturaleza práctica y solo desde allí tomar en cuenta su dimensión epistémica sigue la tradición que vincula a Aristóteles-Santo Tomás-Kant, en lo que respecta a la visión de lo jurídico como una práctica concreta en mundos posibles, pero necesarios desde el punto de vista del *deber ser*.

²⁰⁷ Cabría observar que en el derecho, desde siempre, se ha hecho uso de técnicas retóricas y el uso de falacias de tipo *ad hominem* o *ex concessis, ad verecundiam*, peticiones de principio, etc. Esta es una forma de distinción radical entre la práctica jurídica – que en la necesidad de solucionar conflictos acuciantes se torna en una práctica normal y quizá *necesaria*. Por ejemplo, la misma norma de aducir el comportamiento previo de una persona, en base a un historial de conducta es una falacia, pero en el caso del derecho, el recurrir a este tipo de argumentación sigue la racionalidad propia del derecho, en relación a la necesidad de *resolver casos particulares*.

En primera instancia, la razón práctica siempre está relacionada a un *deber ser*, su carácter siempre implica una axiología, una posición ética y una moral frente al mundo y de allí se deriva el carácter deóntico del derecho. El saber que atañe a la razón práctica – como cualquier otro saber – parte siempre del conocimiento del mundo (pero no un conocimiento en el sentido científico); inicia en una interpretación sobre los fenómenos del mundo, las relaciones sociales, para crear un ordenamiento normativo y valorativo que dé cuenta de cómo conducirse en tales aspectos. Ésta es la relación ya descrita en Aristóteles (*Ética a Nicómaco*), en el que el mundo de la política y el derecho es contingente, pero al ser parte de la virtud es necesario: “Sería una locura dejarse llevar siempre por las vicisitudes de la fortuna... los actos virtuosos son los árbitros de la felicidad” (p. 25). Los actos virtuosos implican un saber, pero éste no es teórico, no se remite a la episteme, sino a la acción en base a premisas morales, a otro saber. Lo importante aquí es notar que este saber, que en el caso de la *episteme* puede ser reducida a gusto por lo contemplación, por amor al saber en sí mismo a “conocer por conocer” (Atienza, 2014: s/p), en el caso del derecho no es reductible, teoría y práctica son necesariamente términos inseparables, el saber normativo-valorativo y su *ejecución* práctica están descritos en la relación kantiana de conocimiento de la *razón pura-razón práctica-voluntad (praxis)*. A fin de cuentas, la episteme es un tipo de saber necesario porque no *depende* del humano de forma necesaria, en un principio es entendido como un *descubrimiento* de lo ya existente²⁰⁸. Esta separación, abandonada hace mucho, sirve para ejemplificar cómo el saber normativo siempre debe ser práctico, pues en última instancia lo que regula es una conducta potencial en base a una conducta pasada. El derecho da conocimiento de una serie de fenómenos del mundo a través de otros saberes – pueden ser científicos o no, o meros prejuicios del legislador – para normar actos conocidos, para evitarlos, facilitarlos, etc. La norma antecede al acto, pero sobre un acto o actos previos; tiene cierta función interpretativa *contrafáctica*, y no se deslinda de ellos.

Por ello, el derecho, que se relaciona a una razón práctica, a una *praxis*, puede devenir en técnica, en una tecno-praxis (Atienza, 2014) y por ello también participar de una forma de razón instrumental, que buscaría solucionar problemas concretos – tales actos conocidos – en relación a razones prácticas *deseables* para el conjunto social. Allí radica la racionalidad jurídica, que hace un vínculo epistemológico basado en un criterio de justicia (Vega, 2009: 376).

Aquí, el problema es que los juristas vinculan la racionalidad jurídica con un criterio de cientificidad basada en el método científico. La aseveración de que el derecho es una ciencia porque posee un método es extendida en varios juristas, ya sean renombrados o influyentes: Kelsen (1934/1965), Hart (1968), Larenz (1994), Alexy (1989) u otros autores citados de una u otra forma en este trabajo que comparten dicha opinión: Bernasconi Ramírez (2007), Araujo Granda (2010), Fitta Quirino (2010).

Evidentemente, el denominado método jurídico comparte sustancialmente las formas de la lógica. Como he señalado ya en este trabajo, hablar de una lógica del derecho compuesta, por ejemplo, por el llamado silogismo jurídico, es una forma bastante ingenua de ver la cuestión. El silogismo y otras formas de deducción que parten de axiomas lógicos comparten una estructura sintáctica determinada, independientemente de sus contenidos. La aplicación al derecho no le da sustento para que haya una lógica jurídica de tipo especial, aunque sí se

²⁰⁸ Evidentemente, esta no es la postura de la epistemología actual con respecto a la experiencia del conocimiento en general y al científico en particular.

reconocen la conjunción de diversos elementos que vuelven particular la aplicación de la argumentación en el derecho.

Dependiendo de cómo se establece la argumentación jurídica, ésta puede hacer uso de otro tipo de “alternativas” a la lógica formal, como paralogismos u otro tipo de recursos retóricos que permiten enmarcar los casos tratados en contextos de subsunción más grandes.

De acuerdo al recuento que hace Cárdenas García (2011) de varias formas de abordar el problema de la argumentación jurídica, como método de solución de casos, existen discrepancias sobre los elementos a añadir. Giovanni Tarello, por ejemplo, propondría 15 formas de argumentación, de las que ninguna tiene forma lógico-deductiva y en la que frecuentemente se usan paralogismos (argumentos de autoridad) o apreciaciones de la dogmática jurídica (como la plenitud del derecho, es decir su *ubicuidad* para todo acto público o de principios generales establecidos como una suerte de axiomas en la dogmática). Estos argumentos “son dependientes del contexto, y su validez o fuerza persuasiva no está dada por su formas sino por otro tipo de circunstancias relativas al uso concreto de los argumentos (carácter de la cultura jurídica, la manera en que se concibe el juez, la evolución en el uso de argumentos, la rama del derecho en la que se emplean los argumentos, etcétera).” (Cárdenas García, 2011: 158).

Siguiendo a Cárdenas García (2011), autores como Weston (1998) o Tarello (1980) recalcan el papel que otras formas argumentales fuera de la lógica cobran en el derecho. Esto diferencia sustancialmente al derecho de la ciencia, y, me atrevería a decir, que esto se debe a la propia racionalidad técnico-práctica del derecho.

Como hemos señalado ya, la cuestión de la verdad es un asunto sustancial del derecho (Taruffo, 2008), tanto, como lo es para la ciencia. Sin embargo, podríamos decir que en el primer caso, la verdad está relacionada a un afán de justicia implícito en la razón práctica, mientras en la ciencia se debe a un problema de adecuación de las explicaciones teóricas con el mundo existente. En ambos casos, existe un compromiso metafísico, una razón práctica implícita, en el que la verdad se entiende como bien supremo. La actitud del científico participa de motivaciones similares que la del jurista en un sentido de razón práctica, pero en ámbitos con racionalidades diferentes, pues el problema de verdad sigue dos líneas diferentes:

- Ciencia -> relación del estudio de casos tipo para establecer regularidades nómicas con las cuales se puedan explicar y predecir otros casos en circunstancias similares. El método permite dar una secuencia coherente entre los casos estudiados y los principios que se derivan de ellos. De allí, se establece de forma ideal que las teorías siempre se derivan de los datos disponibles producto del estudio de casos tipo.²⁰⁹ El criterio de verdad aplicable sigue esta racionalidad.
- Derecho -> se analizan casos individuales, relacionados a las acciones humanas (sujetos de derecho), interpretados a la luz de una relación entre la volición de los actos y conductas y un sistema normativo práctico que precede a los casos particulares y en última instancia, puede obedecer al análisis que los legisladores hacen de la conducta humana²¹⁰ u otro tipo de hechos concretos. En última instancia, esta no es una relación necesaria, pues se puede tomar como referente, pero dependerá de la

²⁰⁹ Esta aseveración es bastante ideal, pues en la ciencia también se procede a través de otro tipo de métodos, como el uso de contrafacticos.

²¹⁰ Esta aseveración es una reducción funcional, pues el marco de análisis de la conducta humana es siempre contextual, aunque basada en principios normativos que funcionan como fundamento.

norma, la posibilidad de referirse a hechos o actos y al juicio de los legisladores. El análisis de los casos, por un principio de imputabilidad, se relacionan siempre a actos humanos bajo un criterio de justicia. El dirimir qué tipo de acción o norma se seguirá, así como al estudio de lo que sucede sigue una lógica de verdad, pero solo atinente al caso, y, dada la premura por solucionar el caso, se recurre a otros medios o métodos, pues en términos de razón práctica, lo que se necesita es resolver el caso para tomar una decisión de acción al respecto. La razón jurídica es una razón práctica, pues el criterio de verdad usado, si bien se atiene a los hechos, estos se analizan de forma individual y siempre bajo un marco normativo y de un criterio previo de justicia.

En definitiva, si bien se comparten criterios de racionalidad, ambas esferas de acción son diferentes bajo criterios distintos. En este sentido, la tesis de Vega (2009: 380) sostiene que el derecho no es una ciencia ni un tipo de disciplina científica, pero es imposible entender su racionalidad sin remitirse o hablar de ciencia, pues su estatuto interno – su racionalidad propia como una práctica basada en juicios lógicos, normas, dogmas, etc. – hace alusión a su pretensión de científicidad. De ello, devendrían tres sentencias al respecto: (pp. 390 ss.)

- 1) Derecho se categoriza en torno a instituciones prácticas.
- 2) Todo derecho moderno o evolucionado desarrolla una doctrina o sistema, que conlleva reflexiones teóricas para entender técnicas materiales, lo que entabla una conexión con la ciencia.
- 3) Ni adoptando el canon más laxo de ciencia se puede pensar al derecho como una.

En efecto, en este trabajo se coincide, con ciertos matices, con estas posturas. Se reconoce al derecho en relación a su estatuto interno, a su propia sistematicidad y racionalidad práctica. Se entiende que el derecho moderno se haya sustentado en teorías que los juristas han desarrollado en un sentido autorreflexivo, que implica intención de coherencia, completud, sistematicidad, con fines prácticos; pero su parentesco con la ciencia en este sentido, se relaciona apenas con la aplicación de los métodos analíticos propios de la modernidad. Por último, coincido con la tercera aseveración, pero añadiría, que el problema es que no se puede aplicar ningún criterio estándar desarrollado de ciencia al derecho, sencillamente por la diferencia de sus racionalidades, más allá de las coincidencias en las pretensiones de sistematicidad, coherencia, afán teorizante, etc.

3.3.2.1 Dos perspectivas sobre la racionalidad del derecho

En este apartado, quisiera señalar dos posiciones diferentes respecto a la normatividad de las ciencias. La primera establecida por la tesis de la normatividad de las ciencias del espíritu de Dilthey (1883/1996), contra la posición weberiana sobre la instrumentalidad (1904-2009).

El psicólogo experimentalista alemán, Wilhelm Wundt (1914), propuso una síntesis entre el normativismo del idealismo racionalista y el positivismo experimental (citado en Vega, 2000), con el fin de establecer un cuerpo teórico coherente y universal para la explicación de la conducta humana. Esta propuesta de síntesis, en verdad, constituye parte de la división fundamental del reconocimiento de dos clases de objetos: los concretos y los ideales. De una forma básica, se entiende, por objetos concretos a aquellos ajenos a la experiencia humana; mientras los objetos ideales son producto de la relación entre los objetos concretos, la mente humana y sus cualidades cognitivas.

La propuesta de Wundt, sería una forma de superar la vieja disyuntiva que viene desde Platón entre el mundo sensible y el mundo inteligible. Sin la necesidad de una reducción axiológica que enfrentaba a un “mundo verdadero” y un “mundo aparente”, se reconoce la “realidad” de ambas entidades cognoscibles y la tratativa, más bien, constituye una división entre la formalidad y lo fáctico, entre las ciencias normativas – formales y las ciencias fácticas – experimentales.

Esta diferencia, no solo compromete al objeto de estudio sino que también tiene consecuencias inmediatas sobre el método respectivo: validez y representatividad del mundo, a través del método empírico en las ciencias fácticas; la construcción de una sintaxis coherente que pueda validarse bajo los propios criterios a partir de axiomas básicos e irreductibles.

Para Wundt, las ciencias empíricas son explicativas, nos dicen el qué de las cosas, el principio *to hoti* aristotélico y dan cuenta de un sector de la realidad (las ciencias especiales), dan un paso en las ciencias fácticas entre el carácter meramente descriptivo al explicativo (Vega, 2000). Por el contrario, las ciencias formales son normativas, tal como la lógica, la ética y la estética, aquellas que entre el positivismo y el neokantismo se consideran como parte de las formas de la razón pura. Pero siguiendo la misma fórmula kantiana, los axiomas – cuya justificación es el propio innatismo de la razón pura – son la base de las otras ciencias, del mundo natural. La lógica o la matemática son parte del instrumental de las ciencias empíricas y una base importante de la formulación de la propia normatividad de las ciencias fácticas.

Ahora bien, el problema de esta normatividad implícita, dada por las facultades instrumentales de las ciencias formales, pasa por la aplicabilidad en las ciencias sociales. Mientras desde el fin de la Edad Media, la construcción del método científico va estableciendo en las ciencias naturales un criterio de normatividad permanente, las ciencias que atañen a lo humano siguieron fuertemente vinculadas a los principios metafísicos (Dilthey, 1883/1996).

Bajo esta perspectiva, a lo largo del XIX, surge la voluntad de buscar un método a las ciencias humanas, siguiendo la tradición de que podemos, en el mundo concreto, hallar una división entre el mundo natural y el cultural. Surge así lo que Dilthey conoce como ciencias del espíritu, es decir aquellas que tratan de los fenómenos históricos y su relación con los hechos de la conciencia. Estas especificidades vinculan por igual al economista, al historiador, al psicólogo y al jurista.

La proposición de Dilthey intenta levantarse, a su vez, como contraposición al mecanicismo positivista, buscando que las ciencias del espíritu se constituyan en un todo independiente, que además restituya la totalidad del conocimiento del mundo humano disgregado por el criterio de ciencias especiales de estatuir un campo de saber de acuerdo a su objeto, como si el mundo estuviese compartimentado. Desde Santo Tomás, con la diferencia entre *essentia/quiditas*– se establece una nueva forma de oposición entre naturaleza y espíritu, que para el caso de la naturaleza, será recogido a través de la experiencia del mundo sensible, pero para el caso de lo que compete a lo humano, nunca fue construido de forma correcta. El mundo interno de lo humano no es accesible a través de la sensibilidad, sino por la capacidad reflexiva (Dilthey, 1883/1996: 45). El problema fundamental, una vez establecida la independencia y el campo de estudio, consiste en fijar el modo preciso de compatibilidad entre las relaciones de los hechos espirituales y las regularidades de los

procesos naturales (p. 48), precisamente para superar este ámbito puramente metafísico de las ciencias del espíritu.

Entonces, las preguntas son las mismas que las propias de la metafísica: la libertad y la volición, el deseo y las formas de satisfacción, las relaciones sociales y el ordenamiento, el mundo y la comprensión de éste; el enfoque puede ser diferente. Todo esto puede estar relacionado por la unidad psicofísica de lo humano. Habría una especie de correlación entre el espíritu y la conciencia humana (conciencia refleja, pensándose a sí misma) y la forma en la que actuamos de forma concreta en el mundo. “Todos los fines están para el hombre exclusivamente dentro del proceso espiritual mismo, puesto que solo en éste existe algo para él; pero el fin busca sus medios en el contexto de la naturaleza” (p. 57).

Se debe, por tanto, superar la filosofía trascendental, pues lo espiritual (conciencia) es inmanente de lo real, pero no presentes como formas puras de la razón. En particular, el mundo material en el que se desenvuelve el espíritu es la realidad histórico-social. Dilthey (pp. 61-64) propone tres componentes de estas ciencias del espíritu:

- El entendimiento de lo que es real en la percepción. Se debe expresar la experiencia histórica del espíritu. La historia es la clave.
- La uniformidad de los contenidos parciales (la búsqueda de regularidades) que se separan por análisis y abstracción. La lógica es la clave para entenderlas.
- Los juicios de valor que están detrás de las normas prescritas. Se lo conoce a través del entendimiento de la ética, la moral y su contenido propio en el derecho.

En base a lo expuesto, podríamos decir que esta relación de la totalidad del espíritu, por tanto, es de una triple índole: el análisis de los hechos concretos, la edificación de teoremas sobre tales hechos y el sentido práctico que se puede derivar de los juicios estimativos y las normas. La tendencia de las ciencias del espíritu, por ende, es histórica, teórica y práctica.²¹¹ Así, la compartimentación analítica del mundo y la creación de ciencias especiales es algo privativo de las ciencias que tratan la naturaleza, pues su objeto de estudio lo permite; en cambio, las ciencias del espíritu deben entender el todo – desde lo externo a las fuerzas reales de la experiencia interna.

Las fuentes teóricas de tales unidades psicofísicas son la antropología y la psicología (p. 74) por la contextualidad de sus operaciones. Dilthey nos dice que el hombre, entendido como hecho que precede a la historia y a la sociedad es una ficción de otro tipo de explicaciones naturalistas. Las ciencias del espíritu tratan de individuos históricos concretos como elemento de la sociedad. Habría que añadir, que dada esta contextualidad, la normatividad operativa de la organización social concreta es el derecho. Dilthey introduce así el concepto de institucionalidad por sobre el hecho del individuo biológico, como parte del propio espíritu social.

Estos sistemas permanecen mientras los individuos particulares mismos aparecen en el escenario de la vida y se retiran luego de él. Pues cada uno está fundado en un elemento de la persona, que se repite con modificaciones. La religión, el arte, el derecho son imperecederos, mientras que los individuos en que viven cambian. (p. 102)

²¹¹ La importancia de lo práctico se establece en la *phronesis* aristotélica. La visión de Dilthey sigue en el mismo camino del principio práctico de la normatividad en las ciencias sociales, entendidas como guías de sociabilidad, después del conocimiento del orden de la sociedad.

Y tal sistema solo es objetivo por las acciones de los individuos. Aquellas relaciones mutuas son las que conforman el sistema y su organización. La organización es externa a la sociedad, pues mientras la sociedad es algo que permanece de diferentes maneras, esta diversidad es propia de cada organización específica. Esta organización específica del mundo histórico social se remite a un hecho concreto: el derecho. Así, esta disciplina es un complejo de fines cuyo objetivo es tal organización externa, y es lo que permite relacionar un orden superior (la normatividad propia de toda sociedad), la conciencia jurídica (los factores psicológicos detrás de la organización) y el derecho positivo (la forma específica de organización) (p. 108).

Para Dilthey, “las ciencias de la organización externa de la sociedad, lo mismo que los sistemas de cultura, no tienen por objeto la realidad concreta misma” (p. 142). El derecho, por un lado, tiene por objeto instrumental, normar la organización social; pero en tanto que ciencia, coincidiendo, de cierta forma, con la visión de la dogmática, también hay un estudio desde la normatividad misma, desde la racionalidad inherente a tal normatividad. La ciencia jurídica es aquella que trata de forma teórica al derecho en su cualidad normativa, pero dado que el derecho es un producto histórico que organiza de forma externa a la sociedad, termina por reconocer en éste los hechos sociales que lo comprenden.

De allí, pueden surgir las preguntas acerca de cómo conoce en concreto la ciencia jurídica. Al referirnos a la última cita a Dilthey, las ciencias de la organización externa de la sociedad (la política, el derecho, la ética), ¿siguen la pretensión sintética de Wundt de conformar normatividad sobre hechos concretos? La propuesta de Dilthey está íntimamente relacionada a la vinculación de la dogmática jurídica como la ciencia de la que el derecho trata.

En oposición a la utilidad normativa y práctica del conocimiento, podemos entender la posición de Weber y la llamada sociología interpretativa. En el inicio de su disertación sobre el conocimiento en la ciencia social, dictada en 1904, Weber nos dice:

Todos nosotros sabemos que nuestra ciencia²¹², como cualquier otra ciencia que tenga por objeto los fenómenos e instituciones de la cultura humana, con la excepción quizá de la historia y la política, ha nacido históricamente con una perspectiva práctica. Su fin primero, y al principio el único, era la elaboración de juicios de valor sobre determinadas medidas de política económica del Estado (Weber, 1904/2009: 67 -68).

Para Weber, las ciencias sociales hacen un análisis de la cultura y ésta está compuesta por valores, ideales y juicios de valor que atraviesan todas las actividades humanas. A manera de mención indirecta, que comprometería a Dilthey, Weber dice que las ciencias sociales cambiaron de una visión puramente técnica, para, a fines del siglo XX, tener una perspectiva que iba a medio camino entre un relativismo histórico y un evolucionismo ético, lo que “intentaba despojar a las normas éticas de su carácter formal” (Weber, 1904/2009: 68) e insertando a la ética en el ámbito de la cultura (lo que Weber entiende como cuestiones concretas compuestas, entre otras, por los juicios y valores ya mencionados), para hacer de las ciencias de la sociedad en ciencias morales – prácticas con una base empírica. Precisamente

²¹² Como aclara Joaquín Abellán (2009), Weber se refiere a la economía, asignatura de la cual era profesor en aquellos tiempos y cuyos preceptos sintetiza en lo posterior en la famosa *Economía y sociedad*. En el ámbito de la economía, el aporte de Weber es reconocido dentro de la segunda escuela histórica alemana, que valoraba los estudios de caso y se oponía a la visión clásica de la economía, la de la ciencia que descubriría las leyes naturales detrás de los fenómenos económicos.

esto es lo que pretendía Dilthey de las ciencias del espíritu, que en última instancia tuviesen un carácter normativo, aunar a lo epistémico, una visión valorativa y práctica.

Para Weber, una ciencia de la realidad debe ser empírica y quedarse en el plano de la *episteme*. Ninguna ciencia de la realidad puede enseñar qué hacer, únicamente puede decirnos qué cabe hacer de acuerdo a una racionalidad de medios-fines (Abellán, 2009: 11), es decir qué conocimientos se pueden operativizar para la consecución de los fines determinados, pero, por supuesto, ya los fines son una cuestión extra científica. “Lo que es susceptible de tratamiento científico es la pregunta por la idoneidad de los medios para conseguir un fin dado” (Weber, 1904-2009: 71). Tal racionalidad impone una lógica sobre la cual se puede hacer dicha conexión. Los datos científicos aportan al agente la posibilidad de calcular las consecuencias de acometer o no un acto (una visión parecida a la aplicación de la teoría de juegos al derecho, Weber es un pionero en el análisis de los modelos normativos para la acción, que se aplican en economía y se han extendido al campo jurídico). Sin la presunción de capacidad de cálculo infinito, pero con acceso a información (¿completa?) derivada de la ciencia, al estilo de la elección racional, los agentes en la racionalidad medios – fines, pueden usar los datos proporcionados por la ciencia para la técnica, pero entendiendo que la técnica no es ciencia (separación fundamental aristotélica *episteme* – *praxis*) y por ende no es un asunto que interese, al menos no prioritariamente, al científico.

La cuestión es que Weber se instala en un mundo plurivalorativo, y por ende, los fines dependen de tales valores; mientras la ciencia los aprehende, los humanos los crean de acuerdo a un sinfín de otros valores, prejuicios, aspectos culturales, etc. Por supuesto, el reconocimiento de un mundo con una multiplicidad de valores y en el cual la racionalidad es un elemento histórico-cultural, rompe con la tradición del iusnaturalismo y la teoría idealista alemana del Estado que sostiene y se sostiene en un determinado tipo de derecho.

Se debe recalcar que tanto para Weber como para Dilthey, el derecho es normativo, pero mientras para el primero, el carácter normativo, en sentido práctico no es un asunto de la ciencia – pues es fiel a la categoría epistémica del conocimiento puro en oposición a cualquiera de sus aplicaciones – Dilthey sigue una línea “holística”, en el que ningún conocimiento de lo humano, de las ciencias del espíritu, está separado ni es ajeno a los fines mismos de organización social.

3.4 Normatividad científica y normatividad jurídica

La normatividad está sujeta a definiciones amplias de acuerdo a una multitud de enfoques. En un sentido lato, podemos vincular la normatividad a una especie de búsqueda de regularidades para hacer posible la aprehensión de los hechos a través del entendimiento. Desde esta perspectiva general, la aplicación de la normatividad es casi ubicua y atraviesa la mayoría de abstracciones a las que los humanos sometemos a la diversidad del mundo, haciendo posible la comprensión de los hechos (Turner, 2010). De esta manera, la normatividad está ligada a un principio general de reducción de la complejidad de lo real, por un lado, y de lo racional, por otro.

La normatividad de lo real nos ayuda a construir una serie de heurísticos que facilitan la aprehensión de tal realidad. Esta normatividad está relacionada con el campo de la ciencia, en donde criterios de adecuación, verdad, verosimilitud o correspondencia son centrales para la explicación científica.

Una de estas formas de normatividad podría remitirse al criterio de verdad de Tarski (1944), quien busca una noción de verdad que sea “materialmente adecuada y formalmente correcta”, pues “una oración es verdadera si refleja un estado de hecho existente”, pues su condición de verdad está relacionada con la adecuación (p. 343). Por ejemplo, la oración “*The snow is White*” es verdadera si y sólo si la nieve es blanca, es decir, la oración expresa un hecho que es el caso, pues la nieve satisface de hecho la función predicativa “x es blanca”. Se establece así una normatividad que excede la propia normatividad sintáctica de las estructuras lógicas de los enunciados. Por ello, la normatividad científica, no sólo exige corrección sintáctica en la aplicación de la lógica de primer orden, sino también en el sentido de adecuación de los predicados con los cuales los argumentos trabajan.

En el caso de las proposiciones lingüísticas – los enunciados científicos, por ejemplo - y la forma en la que trabajan, podemos hablar de que existe un normativismo diferente entre significado y contenido (Glüer y Wikforss, 2016), que relaciona a las condiciones de verdad antes descritas con los hechos que describe, explica y predice: “truth-conditional claims answering to an independent normative reality of normative facts”.

En una distinción básica, hablaremos de las distintas normatividades en juego, entre las normas para la acción y normas del ser. “The most basic distinction relevant here is that between *norms for action* and *norms of being*. Norms of being are often associated with evaluations; they tell us that a certain state of affairs *ought to obtain*, i.e., is valuable or good in a certain sense. Norms for action, on the other hand, tell us *what to do*” (Glüer y Wikforss, 2016: s/p). En un primer momento, podríamos decir que la normatividad científica trata aquellas *norms of being*, que se deben obtener por tal principio de adecuación, son “obligatorias” no en un sentido deóntico – en última instancia también pueden serlo en este sentido, pues la búsqueda de la verdad en la ciencia se relaciona a lo que se “debe hacer profesionalmente” – sino en las condiciones de verdad de la adecuación. Este tipo de normatividad es la que distingue a la ciencia de cualquier otra, mientras la segunda es la que distingue al derecho (normas prácticas para la acción, relacionada a la razón práctica).

Más allá de cualquier discusión de la condición *a priori* de los caracteres que conforman la lógica y la normatividad, se puede entender que su condición permite hallar, descubrir o crear una regularidad detrás de hechos y principios que ayudan a organizar el caos en el que se nos presentan los hechos. Al crear tal normatividad, la ciencia nos permite organizar el sinfín de datos con los que se nos presentan los particulares y, precisamente por ello, explicarlos no solo bajo tal regularidad general, sino además, esperar que tales particulares *ocurran* de forma similar en condiciones dadas. La normatividad, por tanto, está conectada a un principio de regularización del mundo real o formal. Ahora bien, tal construcción de regularidad tiene diferentes enfoques epistemológicos, ya sea el del conocimiento lógico en sentido extenso, el del sentido común, el lingüístico, el científico, el jurídico, etc. Cada campo va creando una “sintaxis” propia para construir un sistema que pueda establecer una forma de concebir tales regularidades.

Como se puede observar, un primer concepto general de normatividad reconoce que ésta puede ser concebida desde varios aspectos, entendiéndola como una búsqueda general de regularidades de distintos tipos. Ahora bien, el tipo de normatividad ligada al término *normativista* no reconoce tal generalidad, sino que la aplica a un campo específico de acuerdo a su objeto y organización.

En un primer momento, el solo hecho de hacer mención a una normatividad jurídica y a una científica, implica que ellas no ocupan un solo orden o forma de establecer la regularidad. No hablaríamos, por ejemplo, de normatividad científica y normatividad de la física como ciencia, pues se asume que la segunda está subsumida por la primera y cumple algunos de sus criterios de acuerdo a su objeto de estudio y metodología. La normatividad del derecho no puede estar subsumida por la científica de la misma forma, pues sus objetos no se corresponden en el sentido de criterio de verdad como adecuación y en sus diferencias radicales de sus espacios marcados por la distinción básica.

Por otro lado, en una línea más restringida, de acuerdo a Ferrater Mora (2001: 2582), la normatividad estuvo largamente asociada a las disciplinas filosóficas de carácter prescriptivo y diferente del espíritu propio epistémico de las ciencias empíricas. Así, disciplinas dispares en su objeto, pero comunes en su concepción de conocimientos formales, abstractos y *a priori* (o parte de la *res cogitans*), como la ética, la metafísica, la lógica o la estética eran concebidas como ciencias normativas. Estas ciencias hablan de prescripción en diversos sentidos, ya sea en el actuar, trascender, pensar o crear. Establecen criterios de *cómo* proceder en tal o cual ámbito. Para Ferrater Mora, el “normativismo” estaba ligado a este carácter prescriptivo. Ahora bien, se debe observar que este normativismo está más asociado a una manera de nominar a una característica común de ciertas ciencias o saberes ya descritos, que buscan una regularidad ulterior en sentido de *cómo proceder*.

Una de las principales características que diferencian a ambos campos, el científico y el jurídico, es la naturaleza prescriptiva de este último, pero eso no implica la inexistencia de un carácter normativo – prescriptivo en la ciencia, entendido en este sentido lato de búsqueda metódica de regularidades. La diferencia del tipo de prescripción se encuentra en los contenidos práctico-morales de la normatividad jurídica.

En un primer momento, podemos decir que la ciencia y el derecho, entre otros saberes, compartirían un primer carácter prescriptivo sobre sus procedimientos regulatorios, aunque sus objetivos posteriores sean disímiles: para una explicación de los fenómenos físicos y para la elaboración de un conjunto de procedimientos sociales. En ambos casos, este criterio de normatividad puede tener un carácter epistémico que busca indagar en cómo los diversos conocimientos establecen sus saberes, pero que en última instancia tienen un principio prescriptivo de aplicación de un *buen proceder*.

En este caso, el sentido de prescripción está íntimamente unido al deseo ético y deóntico de limitación de la volición humana. Más allá de una primera normatividad funcional, para establecer ciertas regularidades del método científico, la normatividad científica busca ser explicativa y predictiva. Si en el caso de la ciencia, la normatividad busca prescribir un método, su sentido ulterior es explicativo; mientras en el ámbito jurídico persiste un intento prescriptivo de *cómo prescribir*, *cómo sancionar* o *cómo juzgar*, es decir de cómo establecer reglas no explicativas, sino que busquen una regularidad de la sociedad pero a través de su regularización.

Las normas son comparables a leyes, pero sólo cierto tipo de leyes merecen el nombre de normas. No lo merecen las leyes naturales, que son descriptivas, ni las leyes formales (las cuales no son, propiamente, ni descriptivas ni prescriptivas, pero no son tampoco indiferentes a valores de verdad). (Ferrater Mora, 2001: 2583)

De esta forma, el problema de la normatividad se aparta de la regularidad de lo fáctico, y se inserta únicamente en los sistemas formales. Siguiendo lo expuesto por Ferrater Mora, la normatividad y por ende las normas, están ligadas a cierto tipo de lógica modal, como por ejemplo la lógica deóntica y el uso de imperativos (y, por ende, lo que no lo es o facultativo). Este tipo de normatividad tiene criterios de validez diferente al de la lógica proposicional o formal deductiva, cuya normatividad se relaciona al *pensar correctamente* y no en un sentido de volición ética. Esta diferencia, por supuesto, también es fundamental con respecto a la normatividad científica, cuya separación de imperativos morales o metafísicos es parte del carácter de conocimiento abierto de la ciencia.

Dentro de la lógica deóntica, lo necesario es válido fuera del sistema e incluso puede ser sojuzgado por la voluntad. En la lógica modal, la cuestión de la voluntad es irrelevante, dado que lo importante es la validez a través de la aplicación de axiomas que definen al pensamiento como correcto si se deriva de tales axiomas y en donde la voluntad no es un problema central; los modos trascienden los casos. La voluntad de producir un mal pensamiento no es un problema lógico formal, sino que podría transformarse en un problema deóntico.

Otra de las diferencias centrales radica en que en la normatividad deóntica, lo válido está ligado al concepto de justo, cuestión que no es decisiva en la normatividad de la lógica formal. En la lógica deductiva formal, los axiomas y los enunciados apodícticos permiten crear un sistema cerrado que no necesita de juicios valorativos externos, cuestión central en el caso de la lógica deóntica a la cual está asociada la normatividad. Los imperativos están en el orden del deber ser y sobre esa base se juzga la validez.

Como dice Jesús Vega, las normas implican vinculación y obligación de cumplimiento, lo que las convierte en prácticas (Vega, 2000b: 503), de forma positiva o negativa, encaminadas a relacionarse directamente con los actos humanos. Las normas sujetan, conducen, reorientan, restringen, impiden, en fin, inciden en la voluntad humana para dirigir la acción. Para Vega, acción difiere de conducta, porque ésta ya está inserta en un contexto sociocultural que incide en su *praxis* y que puede determinarla (p. 507).

Pero, a la diferencia del contexto, habría que agregarle la distancia de la decisión sobre la “propuesta”, sobre el orden prescriptivo, es decir, la voluntad, puesto que la norma alude al sujeto agente encaminado hacia la acción. La racionalidad normativa sería entender esta formulación sobre la propia *praxis*; pero esta norma para la acción parte de una reflexión operatoria que busca la regularidad, la conformación de un sistema que pueda vincularse a la acción, una teoría de este tipo de acción. Ahí radica el concepto de normatividad prescriptiva propio del normativismo.

Esta es la teoría que se vincula a la norma como *praxis* jurídica y le atribuye un elemento esencial en la dogmática jurídica, puesto que la reflexión sobre las normas, busca una regularidad que ya implica un principio de abstracción, un referente para la acción.

El Derecho puede ser considerado, sin duda alguna, como la categoría normativa *par excellence*, en el sentido en el que sería la única normatividad social cuya categorización adquiere explícitamente rango disciplinar, «científico», al incluir la implantación institucional interna de una dogmática académica. (Vega, 2000b: 516)

Sin embargo, para el mismo Vega, esta misma característica es la que impide que el derecho sea una ciencia, puesto que la normatividad regulatoria de primer orden (digamos teórica) solo tiene sentido con su aplicación normativa de segundo orden (las normas prácticas legisladas), es decir, la creación normativa de primer orden no tiene otro propósito que su aplicación y no puede deslindarse de ninguna manera de éste, de otra forma se anula.

3.4.1 Normatividad científica

El normativismo científico no trata sobre los hechos, sino que debe ser entendido como un sistema de los factores explicativos inherentes a los hechos (Turner, 2010: 12). Esta concepción, como se puede ver, está restringida a una epistemología de las ciencias fácticas o empíricas.

Entendemos a los conceptos como las unidades mínimas de significación, pero que por sí solos no son unidades asertivas, puesto que necesitan de una interrelación entre ellos para llegar a afirmaciones o negaciones (Díez y Moulines, 1997). Los conceptos son las entidades abstractas mínimas que forman parte de las proposiciones y, desde un punto de vista nominalista, constituyen un primer elemento de normatividad, si se los entiende como una primera definición de afinidades y diferencias entre hechos o ideas. Los conceptos son constituyentes del pensamiento en el proceso psicológico de categorización, ordenamiento, memoria, aprendizaje (Margolis y Laurence, 2014).

Ante tal perspectiva de similitud o diferencia constituye un paso elemental para la búsqueda de definiciones cada vez más exactas de acuerdo a criterios de inclusión o exclusión, es decir de regularidad y, por ello, son un primer momento de normatividad. Con esto, se asume que la normatividad no es una cuestión exclusiva de la ciencia o del derecho, sino que es un paso elemental en el proceso de abstracción y codificación de los objetos del mundo. El sentido común también funciona a través de conceptos elementales o menos sofisticados. En el caso de la ciencia, se pretende una mayor exactitud conceptual, es decir, un mejor orden normativo y de regularidad, pues se busca reducir la ambigüedad propia del lenguaje común, volviendo a los conceptos cada vez más exactos. Esta característica está también relacionada al principio nominalista de la ciencia y a la construcción de un lenguaje especializado de conceptos que tiene una significación determinada para un campo de especialización. Esta perspectiva pretende eliminar el carácter polisémico del lenguaje natural a través de un lenguaje *artificial* cada vez más especializado, tal como pensó Frege la necesidad de formalización del lenguaje como elemento sustancial para el desarrollo científico.

Sin embargo, la verdadera normatividad científica parte de la interrelación racional de conceptos específicos a través métodos que nos llevan a la construcción de leyes y teorías que pueden explicar el mundo. La normatividad científica se halla en tales prácticas que son prescriptivas y constitutivas a la vez (Caamaño Alegre, 2013: 3230), encaminadas a la construcción de las leyes científicas.

Las verdaderas unidades asertivas como interrelación de proposiciones a través de argumentos son las leyes. Las leyes, al igual que los conceptos, son entidades abstractas y están constituidas por proposiciones lingüísticas para formar argumentos. Como hemos dicho, las leyes son el principio mismo de la normatividad en la ciencia. “Las leyes son unidades asertivas mínimas que no son informes sobre acaecimientos particulares, esto es, las leyes son (un tipo de) aseveraciones generales que expresan regularidades” (Díez y Moulines, 1997:

126). De la misma forma, Nagel (2006) dice que “las leyes tienen la forma de condicionales generalizados, representados, en el caso más simple, por el esquema «para todo x , si x es A , entonces x es B » (o, alternativamente, «todo A es B »)." Esta forma simplificada sirve para ejemplificar la estructura de las leyes como generalizaciones.

Pero qué constituye el principio mismo de tales regularidades. Como hemos dicho, la regularidad científica – y por ende su normatividad – está encaminada en un sentido de explicación y predicción; mientras que la prescripción queda, por lo general, supeditada a la función de conocimiento metódico de la ciencia (relacionada a la *normatividad* de la lógica).

Una ley puede ser vista ante todo como una proposición lógica que expresa aserciones y puede ser analizada de esta manera, como una estructura sintáctica de cálculo funcional, sin signo de identidad, que contiene dentro de su estructura componentes lógicos como negación, disyunción, conjunción, implicación, etc. (Hempel, 1996: 268). Por otro lado, una ley puede ser vista como una “oración legal” (p. 266), es decir que hace aserciones y solo puede aplicarse a enunciados verdaderos, es decir que hayan cumplido el requisito fáctico de verdad²¹³. Para Hempel, deben expresarse de forma general, del tipo: “todos los A son B ”, aunque no siempre alcanzan esta estructura (por lo que pueden expresar relaciones finitas). Hempel establece una distinción, en base a Reichenbach, entre leyes fundamentales – de carácter general – y leyes derivadas, que se siguen de las fundamentales.

Por ley general entendemos aquí a un enunciado de forma condicional universal que puede confirmarse o rectificarse por hallazgos empíricos adecuados. El término ‘ley’ sugiere la idea de que el enunciado en cuestión ha sido efectivamente confirmado por los elementos adecuados disponibles. (Hempel, 1996: 233)

Entonces, una ley funciona como esa interrelación compleja de enunciados o proposiciones que permiten formar predicados sobre cierto aspecto de la realidad y que hacen aserciones no vacuas sobre tal aspecto. En la ciencia hablamos de enunciado legaliforme (con cierta forma lógica y ciertas características epistémicas asociadas, por ej., que se usa para explicar y predecir) y por otro la idea de enunciado legaliforme verdadero (enunciado que, además de lo anterior, satisface la propiedad de ser verdadero).

El principio de toda ley general es la de conectar los diferentes conceptos de las proposiciones, para dar una explicación y predecir. Toda ley que pueda explicar algo, puede a la vez predecirlo. La explicación científica solo es posible a través de leyes de causa y efecto. Luego, en el sentido en que toda ley busca la explicación de regularidades, puede predecirlas. La función de las leyes en la predicción es derivar un nuevo enunciado que haga alusión a un hecho futuro. Los enunciados que describen condiciones pasadas o presentes, de acuerdo a criterios racionales de adecuación empírica, son capaces de explicar y predecir. En sentido formal, dado que es una derivación de la explicación, ésta y la predicción tienen la misma forma. Una explicación que no sea predictiva no puede ser científica, por lo que podríamos decir que hay una relación simétrica entre explicación y predicción (Hempel, 1996: 235–238).

Volviendo al problema de las leyes como normatividad científica, en la definición dada por Díez y Moulines (1997), debe ponerse atención en la frase “no son informes sobre acaecimientos particulares”, esto quiere decir que la regularidad es la norma, por ende, como

²¹³ Puede establecerse, como se ha hecho en la literatura, una distinción entre enunciados legaliformes (con la forma de una ley) y leyes (entendidas como enunciados legaliformes verdaderos).

hemos dicho, es el principio de la normatividad científica que radica en su expresión máxima en la ley científica.²¹⁴

Nagel (2006) pone énfasis en la dificultad de establecer lo que es una ley científica a partir de la expresión vaga “ley de la naturaleza”, pues precisamente, existen acontecimientos naturales regulares que no necesariamente podrían llevar el nombre de ley – como el hecho de que la Tierra u otros planetas giren alrededor del Sol –, regularidades estadísticas o aquellas observadas en la conducta humana. Sin embargo, Nagel resalta que a pesar de la dificultad de la vaga aplicación del término ley, existe un consenso de a qué tipo de enunciados se puede aplicar tal apelativo.

- Una primera forma, de acuerdo a la lógica formal, sería revisar los enunciados que tienen la forma de condicionales universales: “todo individuo que satisfaga las condiciones descritas en la cláusula antecedente del condicional también satisface, como *cuestión fáctica contingente*, las condiciones descritas del consecuente” (Nagel, 2006: 79). Esta forma expresa que el individuo satisface las condiciones del universal, en el presente y futuro, como una “conjunción constante” de características que expresan una universalidad “accidental” o *de facto*.
- Otro punto que Nagel destaca es que “un condicional universal es verdadero si no hay (en el sentido omnitemporal de «hay») cosas que satisfagan las condiciones formuladas en el antecedente”. Nagel pone como ejemplo que si no hay unicornios, estos pueden ser rojos o negros o lo que fuere. “Por consiguiente, según la concepción de la lógica formal, un condicional universal *de facto* es verdadero independientemente del contenido de su consecuente, si ocurre de hecho que no haya nada que satisfaga al antecedente. Se dice que tal universal es «vacuamente» verdadero (o que es «satisfecho vacuamente») (pp. 79-80).
- Las leyes no pueden expresar fenómenos accidentales, representan una conexión “más fuerte” entre condiciones antecedentes y consecuentes, que la de una mera concomitancia de hecho (p. 80). Se requiere una conexión de necesidad y allí radica la diferencia entre una regularidad accidental y una nómica.

En sentido formal, desde el positivismo lógico, el trabajo en las distinciones entre regularidades accidentales y universales es una forma de establecer criterios de cientificidad; pero, dado que la realidad no puede ser reducida a términos formales, el problema es más complejo. En un sentido empírico, el análisis de los casos particulares es la vía para establecer tales regularidades; sin embargo, sin la existencia de una lógica inductiva,²¹⁵ resulta complejo entender las formas en las que proceden tales regularidades. Por ello, el procedimiento para entenderlas, parte de la lógica formal, es decir del uso de la lógica formal en las aseveraciones sobre el mundo real.

En primera instancia, se debe volver a entender a las leyes y su pretensión de búsqueda de regularidades como aseveraciones, que funcionan como afirmaciones generales usando expresiones del tipo: “todos”, “siempre”, “cada vez”, etc. De las leyes generales se excluyen

²¹⁴ Podemos recordar la postura de Kant (1781/1928) es el principio de comprensión nómica de los particulares. Ciencia es aquello que entiende las regularidades que se esconden detrás de los fenómenos particulares, pues entendemos que tales fenómenos han sido determinados por otras causas externas. Entender tales causas es la labor científica y no entender a los fenómenos. A estos últimos se los entiende a partir de sus determinaciones y no de su condición de particularidad, pues es la regularidad y no la excepción la que debe ser estudiada.

²¹⁵ Para Díez y Moulines (1997) los intentos por crear una lógica inductiva todavía no han dado sus frutos, se deben destacar los esfuerzos de Carnap al respecto.

eventuales leyes existenciales que nieguen regularidad, como en el caso de las expresiones “hay tales x que...”. Se debe entender que las leyes no son regularidades en sí mismas (aunque la regularidad, principio de la normatividad científica sí radica allí), sino que pretenden expresarlas a través de expresiones lingüísticas (Hempel, 1996; Díez y Moulines, 1997; Nagel, 2006).²¹⁶

Por supuesto, la generalización en la ciencia es idealizadora, pues el papel que juega la idealización en la ciencia para la construcción de leyes y teorías es esencial (Frigg, 2006; Frigg y Hartmann, 2012; De Donato y Arroyo Santos, 2012). Podemos entender a la idealización al menos de dos maneras: 1) “as a mental process or a certain procedure of reasoning (for example a counterfactual deformations, as we think); 2) “as the product or the result of that process... laws, models and theories are idealizations or are idealized” (De Donato y Arroyo Santos, 2012: 12). Esto implica que el proceso de idealización tiene, al menos, una connotación psicológica – como proceso mental o forma de razonamiento – y en sentido nominal-abstracto producto de tal razonamiento. Esto se conecta con el carácter nominal del lenguaje con el que empezamos este apartado.²¹⁷ La idealización es una “elección” deliberada de ciertos elementos de un fenómeno para hacerlo más comprensible, implica una “construcción” del objeto (Chakravartty, 2001; Frigg, 2006; Frigg y Hartmann, 2012; De Donato y Arroyo, 2012).

La importancia de la idealización ha sido reconocida ampliamente. Para Nowak (1980), marca el método científico moderno, y nos permite hacer más tratable a un fenómeno en un sentido más general. Como diría Turner (2010), es parte misma del proceso cognitivo humano. La ley científica abstrae a los particulares, forma procesos ideales de comprensión de fenómenos particulares; pero la idealización en ciencia es formular suposiciones o condicionales contrafácticos que se basan en el conocimiento del mundo que tenemos (en el conocimiento científico previo). La “selección” de elementos para la idealización obedece a factores explicativos que simplifican la realidad, como el caso de la caída en el “vacío” o la “ausencia de fricción” de los planos inclinados desde Galileo (Frigg y Hartmann, 2012).

Si se empieza a exigir aplicación estricta, casi todo lo interesante que se puede afirmar es apenas vacío o falso. Vacuo, porque las verdades que se pueden afirmar en sentido estricto no tienen relevancia importante para la ciencia, como el caso de sucesos accidentales, inaplicables en la realidad o fuertemente particularizados.²¹⁸ Falso, porque no hay casi nada verdadero que pueda exigir aplicación en sentido estricto.²¹⁹ Como indica Cartwright (1983), las leyes fundamentales usan frecuentemente cláusulas *ceteris paribus* o están sujetas a condiciones de validez ideales. Toda explicación científica es apenas aproximativa, de otra forma, como nos lo indica Hempel (1996), es imposible.

²¹⁶ Existen posiciones escépticas sobre si las leyes están sujetas a valores de verdad, como en las teorías semánticas o el antirrealismo de Nancy Cartwright (1983).

²¹⁷ Se marca una diferencia entre idealización y abstracción, en un sentido lato, una idealización es abstracta; pero en ciencia, idealizar es una simplificación deliberada para volver más tratable a un objeto; mientras una abstracción es la aprehensión de características de ciertos objetos (Frigg y Hartmann, 2012; Chakravartty, 2001; De Donato y Arroyo, 2012).

²¹⁸ Un ejemplo dado por Díez y Moulines (1997) es: “Todos los minotauros son mamíferos” – al ser mitad humano, mitad toro, es necesariamente mamífero, pero sencillamente tal aseveración es vacua por inaplicable.

²¹⁹ El carácter ideal de la ciencia se muestra, por ejemplo, en los casos en los que se usa metódicamente y de forma válida cláusulas del tipo *Ceteris Paribus*, es decir no como fórmulas *ex post* de justificar ciertas hipótesis que no han sido confirmadas, aduciendo que algo falló en las condiciones externas o *Ceteris Paribus*. El carácter ideal está presente de forma válida en los CP, cuando tales cláusulas están expuestas con anterioridad y debidamente justificadas para concebir condiciones similares en diferentes momentos.

Continuando con el rol de las regularidades científicas, como se puede ver, no se puede exigir estricto cumplimiento, pero deben tender a las generalizaciones de tipo nómico, pues únicamente éstas son de carácter científico (Díez y Moulines, 1997).

Existen cuatro tipos de generalizaciones:²²⁰

- 1) Analíticas o conceptuales
- 2) Nómicas o legales
- 3) Factuales o accidentales
- 4) Epistémicas

De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 129), la distinción entre ellas es de tipo modal y dentro de lo modal, a su vez, entre necesidad y posibilidad. Todo lo necesario es posible, pero no a la inversa, por ello hay una distinción clara. La diferencia entre ellas tiene que ver con las diversas nociones de necesario y posible que se puedan aplicar. Siguiendo lo anteriormente anotado, la modalidad conceptual o analítica parte de tomar como fijo a nuestros conceptos. Algo verdadero es conceptualmente necesario si no es posible concebir al concepto sin contradicción.

La modalidad nómica parte de tomar como fijas, aparte de nuestros conceptos, a las leyes naturales. Algo verdadero es nómicamente necesario si y solo si su negación contradice las leyes actuales que explican los fenómenos (p. 131). Esto conlleva a entender que lo verdadero nómicamente necesario depende de nuestro conocimiento de lo que se considera norma a través de una ley natural.

Se entienden como verdades generales factuales o accidentales cuando no se derivan de leyes nómicas. Son regularidades que deben ser verdaderas pero no son necesarias. De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 131), no entendemos por fáctico a *hechos*, sino a lo que es accidentalmente ocuriente o contingente y por ende no necesario aunque sí verdadero.

Por último, la regularidad epistémica se entiende como la forma en la que percibimos la realidad, como una regularidad en el sentido indicado al inicio de este acápite derivada de la cita de Stephen Turner (2010). Se debe distinguir claramente de regularidades deónticas, aquellas que son necesarias pero en un sentido moral y no en el sentido en el que se han presentado las demás formas de regularidad. Sobre esto volveremos en el caso de la normatividad jurídica, que como hemos indicado es de carácter deóntico.

Así, como vemos, las regularidades científicas usan a las regularidades analíticas o conceptuales para formar regularidades verdaderas nómicamente necesarias, a las que llamamos leyes (Díez y Moulines, 1997). Todas las regularidades nómicas genuinas para la ciencia deben ser relevantes para la explicación del mundo (contrarias al ejemplo expuesto del Minotauro como mamífero) y no deben ser redundantes (como “saber” que si un hombre que toma pastillas anticonceptivas no quedará embarazado). Se debe saber que toda consecuencia general de una ley es por definición una regularidad nómica y que no toda consecuencia general de una ley es otra ley (p. 133).

Ahora bien, las leyes científicas, se diferencian de otro tipo de leyes (las jurídicas, sobre todo)²²¹, por las características antes señaladas. Son nómicamente necesarias en un sentido

²²⁰ Para todas se concibe de forma necesaria un criterio de verdad. Hablamos de verdadero en sentido necesario para no caer en el campo de lo contingente.

natural y no deóntico). Además, son verdaderas en un sentido que va más allá de la validez lógica, pues debe partir de un proceso en el que sea relevante explicando el mundo “real” (entiéndase aquí como no subjetivo) y *construido en base* a lo real (de acuerdo a los métodos científico – racionales de investigación, observación, experimentación, etc.).

3.4.1.1 La naturaleza de las leyes

Se distinguen tres tipos de análisis de las leyes: regularitvistas humanos, regularitvistas realistas y los necesitvistas.

Regularitvismo humeano: De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 167), Hume sostiene dos tesis conjuntas: la primera referida a la tesis epistémica-psicológica de la comprensión de la naturaleza a través de regularidades. La otra tesis es que no existen *necesidades en la naturaleza*, es decir, que tales regularidades no son propiedades de los objetos.²²² Díez y Moulines llaman *humeana* a la tesis de que las regularidades son “necesidades proyectadas”, mientras llaman *realista* a las regularidades aprehensibles de otras que subyacen en la naturaleza.

Nagel lo explica así: “El contenido objetivo del enunciado según el cual un suceso dado *c* es la causa de otro suceso, *e*, es simplemente que *c* es un caso de una propiedad *C*, *e* un caso de una propiedad *E* (estas propiedades pueden ser muy complejas) y todo *C* es, de hecho, también *E*. Según este análisis la «necesidad» que caracteriza supuestamente la relación de *c* con *e* no reside en las relaciones objetivas de los sucesos mismos. Tal necesidad surge de otra parte; según Hume, de ciertos hábitos de expectativa que se han desarrollado como consecuencia de las conjunciones uniformes, aunque *de facto*, de *C* y *E*.” (Nagel, 2006: 86). Así, el mundo sería una relación vasta y compleja de fenómenos aislados, lo que se denomina *Humean supervenience* (Carroll, 2016).

Así, la característica principal del regularitvismo humeano sería que una ley es una regularidad observada que se proyecta a futuro (Díez y Moulines, 1997: 167). Para Nagel (2006), la aceptación de esta tesis no pierde nada si se desdeñan los factores psicológicos que Hume acentúa. De la misma manera, Hempel (1996) sostiene esta posición sin necesidad de la teoría del conocimiento de Hume.

Siguiendo la famosa versión de que Hempel representa la visión sintáctica de las teorías científicas, Díez y Moulines (1997: 167-168) sostienen que Hempel “considera leyes los

²²¹ Dentro del estudio de la “legalidad”, los campos se restringen a pocos más, como la teoría de juegos (que no son leyes científicas) u otros saberes formales.

²²² Hume (1748/1994: 86-87) nos dice: “En la metafísica no hay ideas más oscuras que las de *poder*, *fuerza*, *energía* y *conexión necesaria*.” Hume explica esta aseveración con su famoso ejemplo de las bolas de billar: “Cuando miramos los objetos externos en nuestro entorno y examinamos la acción (*operation*) de las causas, nunca somos capaces de descubrir de una sola vez poder o conexión necesaria algunos, ninguna cualidad que ligue el efecto a la causa y la haga consecuencia indefectible de aquélla. Sólo encontramos que, de hecho, el uno sigue realmente a la otra. Al impulso de una bola de billar acompaña el movimiento de la segunda. Esto es todo lo que aparece a los sentidos *externos*. La mente no tiene sentimiento o impresión *interna* alguna de esta sucesión de objetos. Por consiguiente, en cualquier caso determinado de causa y efecto, no hay nada que pueda sugerir la idea de poder o conexión necesaria.” Las necesidades se dan en la órbita de la mente. “Pero cuando determinada clase de acontecimientos ha estado siempre, en todos los casos, unida a otra, no tenemos ya escrúpulos en predecir el uno con la aparición del otro y en utilizar el único razonamiento que puede darnos seguridad sobre una cuestión de hecho o existencia. Entonces llamamos a uno de los objetos *causa* y al otro *efecto*... Esta idea no puede ser sugerida por uno solo de estos casos examinados desde todas las posiciones y perspectivas posibles. Pero en una serie de casos no hay nada distinto de cualquiera de los casos individuales que se suponen exactamente iguales, salvo que, tras la repetición de casos similares, la mente es conducida por el hábito a tener la expectativa... Por tanto, esta conexión que *sentimos* en la mente, esta transición de la representación (*imagination*) de un objeto a su acompañante usual, es el sentimiento o impresión a partir del cual formamos la idea de poder o de conexión necesaria” (pp. 99-100).

enunciados generales mismos y no lo que ellos expresan”, la idea es que la regularidad de la ley imponga constricciones sintácticas y semánticas, que serían: que el enunciado general no contenga términos singulares y que los predicados sean predicados cualitativos puros, como “oro”, “agua” y no “barcelonés”; es decir, que no encubran referencias implícitas a particulares. A esto, Díez y Moulines critican que esta estrategia no es viable porque no da cuenta de la diferencia entre pares de regularidades.²²³ Para estos autores, si no se quiere apelar a necesidades naturales, la única alternativa sería el pensar en términos de aceptación e integración teórica, dadas por el uso que la comunidad científica hace de ella, así, la “idea básica es que la diferencia entre generalizaciones nómicas y accidentales no reside en los hechos sino en la actitud de quienes la exponen (Ayer), en el modo en que se utilizan (Mackie); no es que usemos una regularidad para explicar y predecir porque es una ley, sino que la regularidad es una ley porque la usamos para explicar y predecir (Goodman). Una ley es, pues, una regularidad (presuntamente verdadera) que forma parte del corpus científico, que pertenece a alguna de las teorías con las que explicamos y predecimos” (Díez y Moulines, 1997: 168). Carroll (2016) define así el reto de las teorías antirrealistas sobre las leyes científicas, que niega la existencia o posibilidad de leyes y más todavía de su carácter nómico:

The challenge for antirealism is to minimize the havoc lawless reality would play with our folk and scientific practices. Regarding science, the examples and uses of laws described at the start of this entry attest to ‘law’ having a visible role in science that scientists seem prepared to take as factive. Regarding our folk practices, though ‘law’ is not often part of run-of-the-mill conversations, an antirealism about lawhood would still have wide-ranging consequences. This is due to lawhood’s ties to other concepts, especially the *nomic* ones, concepts like the counterfactual conditional, dispositions, and causation. (Carroll, 2016: s/p)

A decir de Sokal y Bricmont (1999), de la postura de Hume se pueden derivar nociones antirrealistas sobre la propia regularidad externa a la conciencia humana, y se siguen teorías relativamente convencionalistas, al respecto, en el que, como se dice en el párrafo que antecede, es una cuestión de “actitud de quienes la exponen” o por el uso dado previamente. Como se ve, ante la imposibilidad de sostener la forma de generalidades, se debe recurrir o a términos convencionalistas o, como dice Nagel (2006) – y expresa lo que se debe evitar –, se recurre a los juicios de la intuición.

Regularitivismo realista: De acuerdo a Díez y Moulines (1997), la forma de solventar los problemas derivados del regularitivismo humeano es el de “aceptar constricciones *externas al conocimiento*, esto es aceptar algún tipo de necesidad o distinciones objetivas *en la naturaleza* en relación a las cuales fijar el lenguaje” (p. 170). Siguiendo a estos autores, una de las posturas más conocidas es la de David Lewis, quien “analiza la causalidad en términos de contrafácticos, éstos en términos de leyes... y define las leyes como las regularidades *verdaderas* que pertenecen al sistema que mejor maximiza su simplicidad y fuerza” (p. 170). El lenguaje debe contener predicados “naturales”, es decir, predicados que denotan propiedades (clases, géneros) naturales, partiendo de una distinción primigenia entre propiedades naturales y no naturales como una distinción primaria y objetiva independiente de nuestro conocimiento, depositando allí una relación del lenguaje con el mundo “realmente existente”, pues la necesidad natural ya no sería “proyectado por nuestro conocimiento”, rompiendo con el principio humeano antes expresado. Justamente, Carroll (2016) recalca esta

²²³ En el ejemplo de estos dos pares: “Todas las esferas de uranio tienen menos de 1km de radio” y “Todas las esferas de oro tienen menos de 1km de radio”, no existe ninguna diferencia sintáctica o semántica, pero la una es nómica y la otra accidental. Por experiencia, ambas proposiciones no han sido registradas, pero, por leyes físicas, no puede haber una esfera de uranio de tal tamaño, mientras no existe ninguna restricción nómica conocida para la segunda.

posición en la explicación de las leyes de Lewis, entendiendo como un sistema que combina fuerza explicativa y simplicidad expositiva y entiende que los sistemas inductivos existen como proposiciones individualizadas por sus axiomas.

La distinción con los humeanos sería la siguiente:

Para el humeano radical, γ ²²⁴ contiene condiciones de aceptabilidad epistémico-teórica variables. Para el humeano sofisticado²²⁵, γ contiene condiciones de aceptabilidad ideal de variables, pero que no recurren ni explícita ni implícitamente a distinciones objetivas independientes del conocimiento. Para el realista, la identidad del sistema ideal cuya pertenencia al mismo constituye algunas regularidades en leyes presupone la existencia de distinciones objetivas en la naturaleza. Pero para todos ellos las leyes son cierto tipo de regularidades, regularidades verdaderas que cumplen ciertas condiciones. (Díez y Moulines, 1997: 170)

En los casos del humeanismo y el realismo, la distinción está en el compromiso ontológico con las cuestiones necesarias en el mundo y la forma de aprehensión, ya sea como formas de regularidad *construidas* a través del lenguaje o *descubiertas y expresadas* a través del lenguaje, respectivamente.

Necesitativismo: Siguiendo a Díez y Moulines (1997), el *necesitativismo* comparte con el realismo antihumano que la necesidad nómica descansa en algún tipo de distinción objetiva que se puede hallar en la naturaleza, pero se distingue en que las “leyes no son generalizaciones, las leyes consisten en *relaciones singulares* entre universales o propiedades naturales” (p. 171). Para esta corriente, “cada ley natural es un caso concreto de una determinada relación” – es decir que tiene un sentido extensional a un grupo de individuos – y que mantiene “cierta relación objetiva que se da entre algunos universales independientes de nuestro conocimiento” (p. 171). Esta relación de universales subyace en una especie de principios elementales del mundo, difíciles de identificar, parte de algunos “primitivos” y de allí se sigue a los diferentes elementos. El resto de propiedades que se derivan se “construyen” a través de leyes, como contrafácticos, explicación, confirmación y predicción. Siguiendo a estos autores, en el caso de la condición de implicación de regularidades factuales, se tiene que la dificultad mayor radica “en expresar por qué el que se dé la relación entre el universal A y el universal B tiene como consecuencia que todo particular que ejemplifica A también ejemplifica B” (p. 171).

3.4.2 Principales tipos de leyes

A continuación, hacemos un extracto de los principales tipos de leyes científicas de acuerdo a Díez y Moulines (1997), en los que además se incluyen aportes de otros autores.

Desde el punto de vista de los estados temporales del sistema (un complejo de entidades que se interrelacionan de distintos modos):

- 1) Leyes de coexistencia y leyes de sucesión. Las leyes de coexistencia “establecen una relación entre los valores *simultáneos* de las diversas magnitudes involucradas” (Díez

²²⁴ γ – este signo expresa la condición adicional que debe satisfacer la regularidad para ser ley, que a veces se formula en el enunciado $\forall x (Ax \rightarrow Bx)$. El análisis satisface la implicación de regularidades factuales, es decir, objetivamente existentes y puede satisfacer la condición de distinción respecto de regularidades factuales, pues no toda generalización material verdadera es una ley. De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 167), los realistas analizan las leyes así: A N-implica B, si y solo si, $\forall x (Ax \rightarrow Bx)$ y $\gamma (\forall x (Ax \rightarrow Bx))$.

²²⁵ Como en el caso de Hempel.

y Moulines, p. 134). El caso de la ley de Boyle²²⁶ la coexistencia lleva un vínculo entre tres magnitudes: el volumen como función de la presión, con temperatura constante (por ello, de acuerdo a estos autores, se puede hablar en estas leyes de “condiciones antecedentes” y “resultados consecuentes”).

Las leyes de sucesión “establecen las relaciones que deben darse entre dos estados sucesivos para que uno pueda transformarse en el otro. Son leyes típicas de sucesión las diversas leyes que establecen el incremento en una magnitud como efecto de la variación de otras” (p. 134). El ejemplo es la variación de longitud de ciertos cuerpos por el cambio de su temperatura. Las leyes de coexistencia pueden verse como leyes de sucesión, por lo que están estrechamente relacionadas.

- 2) Leyes probabilistas “establecen la coexistencia o transición entre estados solo con cierta probabilidad p ($0 < p < 1$). Por tanto, y contrariamente a lo que ocurre con las leyes deterministas, es nómicamente posible que aun siendo la ley verdadera se den las condiciones antecedentes y no se den las consecuentes” (Díez y Moulines, p. 135). Las leyes probabilistas no excluyen la posibilidad de no ocurrencia (Kraim, 1977), por lo que se conoce también a las leyes no probabilistas como leyes deterministas. De acuerdo a Kraim, una ley probabilista o estadística nos sirve para explicar eventos particulares solo en tanto podamos recurrir a la ley para justificar una expectativa asociada a ella (p. 93).

La importancia de las leyes probabilistas es que son una herramienta potente para comprender ciertas tendencias o regularidades no absolutas, que nos pueden ayudar a inducir cuestiones generales. Buena parte de las explicaciones en ciencias sociales son probabilistas.

- 3) Otra distinción sería entre leyes *estrictas* y leyes *no estrictas*. En las leyes no estrictas o *interferibles* puede darse la condición antecedente y no la consecuente, independientemente de si son probabilistas o no (p. 135). Siguiendo a estos autores, las leyes estrictas incluyen las cláusulas *ceteris paribus* CP, “que equivalen a condiciones antecedentes adicionales más o menos indefinidas” (p. 135). Se denominan “interferibles” por las excepciones presentadas, por lo que este tipo de leyes no son nómicas en el sentido usual del término.²²⁷

Por lo general, se entiende que si las condiciones CP no suceden, hablamos de la posibilidad de que B no se suceda de A, lo que no niega la ley, aunque haya fallado su estatuto predictivo en términos estrictos, precisamente explicados a través de las cláusulas CP. A pesar de su estatuto de no universalidad, pueden ser entendidas de la siguiente manera: (1) generalizaciones que no califican como leyes, al no ser universales y, por tanto, no ser consideradas como explicaciones genuinas en áreas de la ciencia que generalmente requieren de éstas; (2) no calificar como leyes porque no son universales, pues, además, la explicación, causalidad, etc. no presupone la existencia de leyes universales; (3) calificar como leyes, más allá del hecho de no ser universales, pues mantienen importantes características en común con leyes universales, la más importante, el apoyo en contrafácticos (Reutlinger et al., 2017). En cualquier caso, no hablamos de leyes estrictas.

²²⁶ La ley de Boyle dice: la presión ejercida por una fuerza física es inversamente proporcional al volumen de una masa gaseosa, siempre y cuando su temperatura se mantenga constante.

²²⁷ Si bien el uso de cláusulas CP es extendido, es en las ciencias especiales como la economía, en donde más se registra este tipo de excepciones o no-universales. Sin embargo, la presencia de excepciones en leyes biológicas como las de Mendel, han abierto un amplio debate sobre la naturaleza de este tipo de cláusulas (Reutlinger et al., 2017).

Se entiende por leyes estrictas a esa especie de ideal nómico de la ciencia, en la que las regularidades son universales, y se relacionan, comúnmente, como veremos, con leyes causales. De acuerdo a Díez y Moulines (1997: 150): “La naturaleza solo contiene leyes estrictas, la no “estricticidad” es una característica epistémica, no metafísica; no nos informa de algo relativo al mundo sino únicamente de algo relativo a nuestro conocimiento”.

- 4) Otra distinción sería entre leyes causales y no causales. “Las leyes causales son regularidades nómicas que contienen o expresan un *vínculo causal* entre condiciones antecedentes y consecuentes” (Díez y Moulines, p. 136). Si bien la relación causal se da entre sucesos o fenómenos particulares, esta relación se puede expresar en una regularidad, por lo que estos autores lo llaman “acaecimiento-tipo” y desde allí se interpretan sucesos en similares características. Las leyes no causales, por supuesto, no siguen el patrón de conexión necesaria de sucesos. Un ejemplo de leyes no causales son las de caída libre de Galileo o las primeras formulaciones de Kepler, pues no se especifican elementos causales (con excepción del *anima motrix* atribuido al sol en el caso de Kepler).
- 5) Una distinción realizada por Bunge (1983) se refiere a lo que denomina “niveles integrativos” (p. 356). De estos niveles integrativos se podría hacer una clasificación general en cuatro tipos o niveles: físico-químico, biológico, psicológico y sociocultural. Como se puede ver, este tipo de clasificación no se atiene a las cuestiones estructurales de las leyes – una ley probabilista, por ejemplo, lo es por su estructura epistémica, no por la materia que aborda – sino a sus contenidos. Sin embargo, esta clasificación también impone una forma en la que cada ciencia especial se sostiene de mayor o menor manera con un tipo de leyes. Por ejemplo, la física clásica es el prototipo de ciencia que se construye con leyes estrictas, no probabilistas y causales. La economía, un tipo de ciencia en la que las leyes no estrictas con cláusulas CP tiene una mayor incidencia.

El ideal de la ciencia es plantear leyes estrictas no probabilistas. Como se puede ver, la tipología de leyes expuesta se basa en las aseveraciones que se hacen sobre el mundo fáctico. En el caso de las leyes de coexistencia y sucesión, un punto central es la relación con magnitudes y por ello son de orden cuantitativo. De esta forma, están relacionadas con elementos mesurables. Por ello, no pueden guardar ningún tipo de relación con el ámbito jurídico.

Como hemos visto en el concepto de ley, establecer las regularidades fuera de los accidentes o particularidades es un rasgo esencial de las mismas. Para ello, Díez y Moulines (1997) proponen ciertos principios de normatividad:

- Generalidad pura e irrestricción. Esta característica hace referencia a que las leyes científicas no pueden hacer referencia a objetos, fenómenos, sucesos, momentos particulares o específicos. Sin embargo, los autores aclaran que esta restricción es excesiva, pues existen leyes ampliamente aceptadas como tales que no cumplen en sentido estricto esta condición, como las leyes de Kepler (p. 137). En la nomología deductiva, la subsunción permite que aseveraciones que no sean generales lo sean al derivarse de leyes sí generales que las cubren (Hempel, 1996). Sin embargo, Díez y Moulines objetan que para el caso particular de las leyes de Kepler, esto no se puede cumplir, porque son anteriores a las leyes generales de Newton de las cuales

“deberían” derivarse y porque de generalizaciones puras *solas* no se pueden derivar otras no puras.

En el caso del derecho, podemos decir que las leyes tienen una forma general que atañe a la generalidad pura y restricción. En un sentido básico, toda ley jurídica es general – pues se incluyen taxativamente las excepciones o estas pueden inferirse de principios más generales – y son estrictas en el sentido en el que su cumplimiento es un *deber* en relación a tal generalidad. Pero, son apenas términos coincidentes, cuya racionalidad es diferente. En el caso de las leyes científicas, la generalidad o irrestricción primero parten de un compromiso ontológico y epistémico sobre (1) el *orden* subyacente en la naturaleza; (2) la posibilidad de conocer tal orden a través de conceptos, leyes y teorías; (3) cómo podemos comprender la naturaleza de tales conceptos, leyes y teorías, y si se puede hacer una teoría de las mismas. Las proposiciones derivadas de nuestra “observación” o “experimentación” del mundo son susceptibles de tener significación cognoscitiva (Hempel, 1989), es decir que lo que se dice obedece a criterios de confirmación. En cambio, en el derecho, la generalidad y restricción de lo que se dice procede únicamente de una convención (incluso aceptando el carácter convencional de la ciencia), cuyo objetivo es la regulación de la conducta social.

- No vacuidad – esta característica alude a que las aseveraciones no pueden ser “vacuamente verdaderas”. Afirmar que “todo minotauro es un mamífero” es vacuamente verdadero, pues si bien es verdadero (pues al ser mitad humano, mitad toro, se puede deducir que sería un mamífero) no se aplica a nada. La vacuidad se refiere a las proposiciones que son nómicamente irrelevantes, aunque discernir su naturaleza es más difícil de lo que parece (Díez y Moulines, p. 133).

La no vacuidad se remite, al menos a: que las proposiciones se refieran a fenómenos o sucesos “existentes” o que hayan sido registrados; que las proposiciones se refieren a regularidades de tipo nómico, es decir, que se diferencian a aserciones que pueden ser verdaderas, pero que no pueden ser reducidas a una afirmación de ley científica.

En el caso del derecho, las afirmaciones que se hacen tampoco pueden ser vacuas. La sistematicidad del derecho moderno²²⁸ supone que no existen o al menos, no tiene ninguna función normativa relevante, leyes que prohíban los secuestros cometidos por minotauros. Sin embargo, se puede observar la diferencia de tal tipo de vacuidad. En el caso del derecho, el criterio es de vacuidad, pero no de ser “vacuamente verdadero”. Si nos atenemos a la proposición de los emotivistas, las disposiciones legales establecidas, más bien, como imperativos, no pueden ser susceptibles de entrar a evaluarse bajo criterios de verdad en el sentido de significación cognoscitiva, para usar nuevamente la nominación hempeliana.

- Confirmación – las regularidades nómicas se consideran confirmadas por sus instancias (Díez y Moulines, p. 138). Las regularidades accidentales no pueden ser confirmadas, puesto que la confirmación de accidentes particulares no entendidos como regularidades apenas confirma a cada particular. En el caso de las jurídicas, el criterio de confirmación es vacuo e improcedente. No se puede confirmar en sentido nómico, pues la ley jurídica no predice, sino que prescribe y la confirmación de la verdad de un caso, apenas tendría que ver con casos particulares.

²²⁸ Recalco el hecho de pertenecer al derecho moderno, precisamente por los propios antecedentes de tipos de legislación o la instauración de tribunales para resolver casos que ahora no tendrían sentido, como el mismo caso de la Inquisición. Si bien, este caso es, más bien un ejemplo extremo, la misma existencia del derecho positivo como derecho escrito hace que existan desfases sobre creencias o acontecimientos que no necesariamente “obedecen a la realidad”.

- Predicción – pues la ciencia debe proyectarse a tratar de explicar los casos desconocidos. En el caso de la normatividad jurídica, se usa una forma de subsunción lógica conocida como *presunción jurídica*, pero que no tiene carácter predictivo en sentido estricto.
- Explicación – las leyes nómicas explican a través de regularidades. Siempre que un particular cumpla los antecedentes descritos en la ley general, podrá ser explicada por ésta. Por supuesto, en el caso de la normatividad jurídica, hablamos de prescripción.
- Causalidad – por lo general, se entiende que la legalidad nómica descansa en una relación causal entre antecedentes y consecuentes. Esta perspectiva tendría una interpretación fuerte: toda ley contiene explícitamente elementos causales; la débil sería que toda ley que no es directamente causal se subsume en otras más generales que sí lo son (al estilo de Hempel). De acuerdo a los autores (Díez y Moulines, pp. 139-140), ambas interpretaciones son incorrectas, pues existen leyes aceptadas como genuinas no causales y que no se subsumen a otras más generales (como las de Kepler, que no cumplen ninguno de los dos requisitos).

En general, los filósofos del derecho, creen, erróneamente que las leyes “naturales” son necesariamente causales (von Kirchmann, 1848-2015; García Máynez, 1960; Kelsen, 1965; Larenz, 1994). Para los propios juristas, la normatividad jurídica no es causal en el sentido expuesto por la filosofía de la ciencia y allí radicaría una de sus principales diferencias. Sin embargo, ha sido en el derecho penal en el que se ha querido poner en práctica un tipo de normativa que al aplicarse vincula elementos causales a los casos analizados. De acuerdo a Larenz (1994) la búsqueda de cientificidad del derecho penal se basaba en esta relación causa-efecto, es decir, en el descubrimiento de la responsabilidad de los imputados de un acto que debían ser investigados a la manera de un “hecho científico”. Por supuesto, se puede ver con toda claridad que la causalidad no es una cuestión ni privativa de la ciencia ni elemento siempre necesario para la ciencia ni criterio suficiente de cientificidad. Las relaciones causales de antecedentes y consecuentes atraviesan muchos de los acontecimientos de la vida y forman parte del conocimiento común.

La confusión, en el caso de pensar que la relación causal garantiza la cientificidad en el derecho penal parte de: (1) pensar que toda ley natural es causal; (2) aparentemente supone que es una condición suficiente de cientificidad; (3) no considera que la causalidad en la ciencia supera los casos – los accidentes – y busca regularidades, en el caso del derecho se refiere a casos particulares imputables a un individuo; (4) la causalidad se aplica a la ley, a la regularidad; en el derecho, se aplica no a la ley, sino al caso analizado.

- Apoyo a contrafácticos – de acuerdo a Díez y Moulines (1997), la relación de *necesidad* entre las propiedades involucradas es un elemento “sobre el que descansa un tipo específico de modalidad, la nómica” (p. 140). Siguiendo a estos autores, las leyes son esencialmente modales y esto se muestra en que *soportan* o se *apoyan* en contrafácticos.²²⁹ Un condicional contrafáctico es del tipo: “si hubiera ocurrido *a*, habría ocurrido *b*”. Serían “las leyes las que dan apoyo a este tipo de expresiones, las regularidades accidentales no” (p. 140). Puesto que toda relación nómica debe ser predictiva, la predicción es la aplicación de “un contrafáctico en el que el antecedente puede no haberse dado todavía pero se dará” (p. 140).

²²⁹ De acuerdo a Nelson Goodman (1983), toda definición medianamente satisfactoria de ley científica, potencialidad explicativa y confirmación debe tratar de forma también satisfactoria el problema de los contrafácticos.

De acuerdo a los autores, la modalidad, que se manifiesta en la capacidad de apoyar contrafácticos, es esencial en las leyes. Incluso en el tipo de formalización no modal básica de una ley, del tipo “Todos los *A* son *B*”, dado que la condición antecedente *A*, nunca se da por hecho, y se entiende como *si se diera A*, se seguiría *B*.

El uso de contrafácticos es esencial de ciencias especiales como la historia (Popper, 1974-1994; Hempel, 1996), pues se procede bajo una serie de suposiciones con las que se “reconstruyen” los acontecimientos de acuerdo a una posición de suposiciones razonables. De la misma manera procede el derecho, por ello la importancia de la aplicación de lógicas modales para establecer cierto tipo de suposiciones posibles (Alchourrón y Bulygin, 1987) ante la resolución de un caso o para establecer leyes. Ahora bien, esto es apenas un uso conexo del apoyo en contrafácticos que apenas acerca a las racionalidades jurídica y científica, pero que no las unifica.

- Intensionalidad – la nomicidad es una característica intensional (p. 141), puesto que las afirmaciones que se hacen sobre ciertas propiedades de elementos no son sustituibles salvo que sean expresiones coextensionales (es decir que puedan sustituir a las afirmaciones sin cambiar su valor de verdad).

En lo que respecta a la cuestión del significado, Putnam (1973) hace una diferencia entre la *intensionalidad* – el significado – y la *extensionalidad* – la referencia del significado. Digamos, de una manera análoga, bastante válida, se puede definir un conjunto por intensión (es decir, delimitar las características de tal conjunto) o nombrar a todos y cada uno de los elementos posibles a los cuales la intensión hace referencia – la extensión.

El ejemplo clásico de Putnam es el siguiente:

... the timeworn example of the two terms 'creature with a kidney' and 'creature with a heart' does show that two terms can have the same extension and yet differ in intension. But it was taken to be obvious that the reverse is impossible: two terms cannot differ in extension and have the same intension. (Putnam, 1973: 700)

Si las criaturas necesariamente comparten corazón y riñón, tendrán la misma extensión, es decir que el conjunto de criaturas con riñón será el mismo de criaturas con corazón, pero su definición intensional es diferente. La cuestión es que las definiciones nómicas de la ciencia son intensionales, es decir que contemplan de forma conceptual y abstracta la extensión posible.

Ahora bien, en términos formales, la expresión de las leyes jurídicas también tendría un carácter intensional, pero si bien, toda *nomicidad científica* es intensional, no toda intensionalidad sería nómica en el sentido científico.

Pero no todas las leyes jurídicas tienen el mismo carácter. Digamos una ley imperativa: “Se prohíbe la conducta *a*, bajo sanción *b*”. La definición de la conducta *a* describe o significa un tipo de comportamiento. ¿Cuál sería la extensión? En primera instancia, las posibles conductas de tal tipo; sin embargo, tal *intensión* tiene apenas una *extensión* potencial, no hay elementos en tal conjunto, más allá de la formulación tipo. La intención podría ser la propia extensión, no refiere a ninguna conducta en concreto.

En cambio, en una ley o norma del tipo “los ciudadanos de *x* país mantienen los siguientes requisitos de ingreso”, si bien se refieren a una condición meramente accidental –

ciudadanía -, hay una connotación implícita de orden intensional (aunque vago) y se refiere a una condición que puede ser determinada de forma “concreta”, la ciudadanía.

La intensionalidad también está estrechamente relacionada con las leyes jurídicas, pero no es una cuestión necesaria como en las leyes nómicas.

- **Proyectabilidad y clases naturales** – esta característica de la ciencia está plenamente relacionada con la predicción y por ende con la explicación científica. Decimos que una ley es proyectable si estamos justificados en proyectarla hacia el futuro. Es decir, una regularidad nos llevará a establecer predicciones por inducción. La proyectabilidad está relacionada con la distinción entre *clases naturales* y otras *no naturales*.

De acuerdo a Goodman (1983), la proyección vincula al problema de la confirmación con la hipótesis, es decir, que a través de ella, se establecen cierto tipo de relaciones entre un suceso en diferentes tiempos, pero se debe tomar en cuenta que en la proyección no solo intervienen los elementos de tal relación y que el problema es bastante más complejo (pp. 84-85). La propuesta de Goodman es que en la proyección, así como en otras cuestiones relacionadas a la conformación de leyes, interviene de forma recurrente cierto tipo de concepciones estándar basados en prácticas concretas.

En el clásico ejemplo de Goodman, con lo “grue” (mezcla de *green* y *blue*; Díez y Moulines usan la traducción *verdul*, mezcla de verde y azul), se establece una suerte de paradoja: un objeto *x* observado antes del tiempo *t* es verde y el mismo objeto examinado después del tiempo *t* es azul. Si estamos en un tiempo posterior a *t*, proyectamos que lo observado será verde, pero también podría ser azul. Entonces será ambas, será “grue” (*verdules*). ¿Por qué usamos los adjetivos verde o azul y no *grue*? La respuesta está en la proyección, en cómo adquirimos cierto tipo de “compromisos” para realizar proyecciones, de acuerdo a tales estándares y prácticas.

Sin embargo, como sostienen Díez y Moulines, en la proyección se suele usar una clasificación (también problemática) de *cosas naturales*, difíciles de definir.

En el aspecto jurídico, también se da un tipo de proyección, aunque no en el sentido de predictividad. Las leyes jurídicas se adelantan a los hechos con el fin de referirse a ellos bajo criterios de prescripción, no de descripción, explicación, etc. No los predice, los asume como potenciales o probables, para poder referirse a ellos en el presente. El sentido del derecho es el futuro, aunque parta de las cosas observadas, de las conductas potenciales, con el fin de establecer criterios establecidos – reglas generales de *juego* – para interpretar las conductas a la luz de sanciones, imputaciones, etc. La naturaleza de tales proyecciones, jurídicas y científicas, por tanto, es distinta.

- **Objetividad y descubribilidad** – la objetividad hace referencia a lo natural, “cuáles regularidades son nómicas depende del mundo, no de nosotros” (Díez y Moulines, p. 143). Esto implica que existe una objetividad (clases naturales) que no depende de los sujetos cognoscentes (por lo que hay una posición realista y no humeana, por ejemplo) y que tal objetividad es susceptible de ser aprehendida y explicada a través de regularidades.

La objetividad y descubribilidad implican un compromiso ontológico y epistémico. Se acepta que la naturaleza *tiene* leyes que ya hemos explicado o que no hemos *descubierto* todavía. La regularidad nómica sería la que subyace en la naturaleza y la epistémica la que nos explicamos. Por ello, no necesariamente son coincidentes;

podemos haber expresado leyes que son accidentales y que – quizá – sean descartadas como tales en un futuro por no ser nómicas.

En el caso del derecho, ninguna de las características aquí descritas es atinente. Si bien, el derecho, en un sentido de normar actos posibles, tiene cierta forma de *objetividad* (la de no legislar casos no registrados o basados en juicios *no razonables*), esto no implica que busque regularidades nómicas, sino solo normativas. En ese sentido, nada tiene que *descubrir*, únicamente norma de forma anticipada, basado en juicios de sucesos posibles.

- **Sistematicidad** – una de las características principales de las regularidades nómicas es que forman parte de un sistema, pues se establecen como relaciones. Tal como afirma Hempel (1987), la sistematicidad de las leyes está dada porque éstas pertenecen a sistemas explicativos más amplios, a teorías o a otros cuerpos legales más generales. Las regularidades accidentales están aisladas y por ello no son sistemáticas. Este requisito lo cumple perfectamente la normatividad jurídica, pues su constitución racional es sistémica, pero, como hemos visto, en las otras características, no en el mismo sentido que la sistematicidad de las regularidades científicas.

Como se puede observar, las características de las leyes científicas son todo menos cualidades que se pueden descubrir intuitivamente. La crítica relativista, por ejemplo, parte de esta dificultad de establecer regularidades nómicas para las propias regularidades de la naturaleza establecida en leyes. No se deja de reconocer que esta caracterización de la ciencia y su normatividad parte de una escisión radical entre sujeto y objeto, propia del empirismo y el positivismo, y la posibilidad de aprehensión del objeto cognoscible por parte del sujeto cognoscente. La crítica relativista parte del carácter “no natural” de tales leyes naturales (no habría tales clases naturales), pero esto es una confusión que resulta de identificar al objeto con la explicación del objeto, lo cual es un error. Precisamente, el carácter no intuitivo de las regularidades científicas es la que crea la necesidad de un afinamiento de la epistemología, de la lógica modal o la filosofía de la ciencia como disciplinas. Por ello, se podrían considerar a estas características como no completas o totalmente exhaustivas y, por supuesto, jamás condiciones suficientes cada una de ellas para entender las regularidades nómicas propias de la ciencia.

4.4.3 Breve comparación final entre las leyes del derecho y las leyes de la ciencia

La regularidad científica y la jurídica comparten puntos en común: el carácter modal de sus expresiones (y muchas veces intensional para el caso del derecho); la sistematicidad necesaria para su estructuración – no tiene sentido enunciar leyes científicas ni jurídicas de forma aislada, pues pierden significación -; son necesariamente proyectables, pero en diferentes órdenes, cuya diferencia no es únicamente de orden o nivel, sino que en la ciencia la proyectabilidad es explicativa-predictiva y en el derecho es normativa-prescriptiva; ambas se apoyan en contrafácticos, aunque con diferentes fines.

Quizá el punto en común más relevante es la generalidad. Las leyes jurídicas tampoco buscan la definición de accidentes (basta recordar el principio de la dogmática de que no se legisla para las excepciones), pero, las formas y los objetivos de establecer tal pretensión de generalidad, son diferentes e incluso opuestas. Esto se puede ver en la cuestión de la propia normatividad jurídica, comprendida en su propia racionalidad.

3.4.2 Normatividad jurídica

Por lo general, el sentido de normatividad jurídica siempre define el estatus epistemológico del derecho en oposición al de la ciencia. La normatividad, entendida puramente desde el derecho, siempre obedece a la elaboración de una ficción racionalizada de regulaciones que permiten crear un orden social determinado. Se la puede entender como ficción, en primera instancia, porque se reconoce su estatus convencional. Sin embargo, la convencionalidad en el derecho moderno, no elimina la posibilidad de que se lo vea como producto de relaciones más permanentes que obedecen a criterios ontológicos, teleológicos, etc., propios del derecho natural, la dogmática religiosa o algún tipo de conocimiento metafísico.

En términos kantianos, podríamos hablar de juicios *a priori* para la normatividad científica. Desde la perspectiva de la ciencia moderna (una primera perspectiva bastante ingenua del cientificismo decimonónico, por ejemplo), podemos decir que la regulación de la naturaleza ya está implícita como característica de un “orden natural objetivo” por descubrir. En cambio, la regulación a través de normas es algo externo al objeto, pues es creada por el sujeto.

Así, podemos entender dos sentidos muy generales de norma jurídica:

- 1) *Lato sensu* – como algo que se aplica a toda regla de comportamiento. En este sentido, la regulación no es de “regularidad” sustantiva del mundo, sino “regulación” predicativa (García Máynez, 2002).
- 2) *Stricto sensu* – se refiere a lo que impone deberes o confiere derechos (García Máynez: 2002).

Para García Máynez, toda norma es de cumplimiento obligatorio, mientras que aquellas reglas prácticas de tipo potestativo son “reglas técnicas”. Sin embargo, esta consideración es de orden puramente jurídico y no epistémico. Iguala el producto del derecho (la norma) a su propia legitimidad y deseo de construcción social. En sí mismo, solo cabría un argumento tautológico para justificar que una norma es obligatoria, pues lo es en cuanto tal, porque está positivizada o escrita. Los argumentos para la obligatoriedad de las normas desde el punto de vista deóntico es axiológico y, por ello, su discernimiento trasciende cualquier criterio de verdad.

Pero siguiendo la perspectiva general de la dogmática jurídica de García Máynez, la distinción entre los juicios normativos (de los cuales parte la ley) y los enunciativos (de los cuales parte la ciencia) es de la aplicación de criterios lógicos de verdad, es decir de correspondencia con la realidad. Así, los juicios enunciativos tienen por objeto mostrar relaciones indefectibles de la naturaleza (p. 5), generalmente entendidas como relaciones de tipo causal.

Las leyes naturales (que, como hemos visto, de acuerdo a Nagel, ya es un enunciado altamente problemático y, además, quizá sin saberlo, toma una posición más unida al realismo, se toma como regularidades que subyacen al universo y están por *descubrir*), por ende, explican relaciones, mientras que las normas provocan, prescriben o sancionan comportamientos. El término ley, que había sido aplicado generalmente a la normatividad jurídica, empezó a extenderse a la ciencia a partir de los romanos, a través de la noción de *leges naturae* (Ruiz Miguel, 2002). Por ende, como es obvio, resulta de una división entre el *ser* y el *deber ser*.

Por el contrario, los juicios normativos imponen deberes o conceden derechos, todo deber es *deber de alguien*, lo que implica que está relacionado y sólo tiene sentido en el ámbito de las relaciones sociales. Por una distinción con las leyes morales, las jurídicas implican deberes y derechos “en relación a”, son imperativos en un sentido de relación y por ende son bilaterales, lo que permite superar la posición del derecho natural (García Máynez, 2002) o de los imperativos categóricos puramente racionales. Esto quiere decir que su normatividad es imputable y consecuente de una sanción determinada en una institución definida a través del Estado.

Por ello, la normatividad lo es por determinación humana y está en función de tal determinación, y se constituye en lo que se conoce como *nomos* desde los tiempos griegos y se opone a aquello que conocemos como *physis* o mundo natural (Ruiz Miguel, 2002; Barbieri, 2011). El mundo natural puede ser determinado o causal (García Máynez, 1960), pero, en general, escapa a la determinación humana y se constituye en objeto meramente aprehensible pero no determinable por lo humano.

El término *nomos* que designa tal normatividad, deriva de *nemos* que significa “repartir” o “distribuir” y que estaba relacionado con la repartición o división de la tierra en parcelas, es decir a través de una *ratio* o relación entre partes, traducida en el término aristotélico *eunomía*, que significa buena legislación. Por el contrario, *physis* proviene de *phyo* que significa “brotar” o “hacer salir” (Barbieri, 2011: 72-73). Solo fue con la influencia latina que *nomos* pasó a formar parte del concepto de *isonomía* o igualdad ante la ley y de *physis* con *natura*. Por ello, el *nomos*, podría estar ligado a lo artificial a diferencia del mundo físico.

La perspectiva de poner énfasis en el estudio del *nomos* como leyes convencionales, proviene de los Sofistas y fue también prefigurada en Aristóteles, como se ha sostenido. Para Gorgias, por ejemplo, ya las leyes humanas no son un asunto de verdad o de justicia, simplemente son una convención y como tal deben ser entendidas (Barbieri, 2011). Esta postura extrema no ha sido, precisamente, la visión de la normatividad del derecho, sino que más bien han vinculado las diversas categorías jurídicas a axiologías anteriores que las legitiman y justifican, ya sean divinas (la Escolástica), las naturales (Hobbes o Locke) o las racionales (Kant, Stammler o Kelsen).

De acuerdo a Vega (2000b) la normatividad de la ciencia jurídica reside en su carácter valorativo, puesto que no solo incorporan saberes, sino también criterios axiológicos primordiales para su conformación. Dado que la materia del derecho son las normas que componen la regulación axiológica de la sociedad, ésta debería constituir la naturaleza del saber jurídico como un saber puramente normativo. Dado que las normas han sido, en todos los tiempos y en diversos lugares, aquello que ha constituido el *objeto y materia* del derecho, podemos entender a la ciencia jurídica como puramente normativa en el sentido prescriptivo de regularidad, como la ética o la estética.

Una forma sencilla de abordar la cuestión es que el criterio de normatividad es un carácter implícito y necesario de toda ciencia (aunque, como hemos visto es una normatividad nómica para la ciencia o normatividad para la ejecución de los mejores caminos para establecer tales regularidades a través del método), entendida no en el sentido lato de la *Wissenschaft*, sino en los de la moderna *science*. Entender que no todo saber es ciencia es reconocer que no todo saber tiene un carácter normativo y también que no toda normatividad es científica; el criterio de normatividad no es condición suficiente para constituir la ciencia.

Decir que el derecho es normativo porque está compuesto de normas es una tautología. Si nos atenemos a que toda ciencia es normativa por la búsqueda de regularidades, ya hemos indicado el tipo de normatividad propio de la ciencia, que no es inclusivo para el caso del derecho. La normatividad entendida como “deber ser”, como *sollen*, es el principio del carácter epistemológico del derecho como ordenamiento, pero no del ordenamiento de los fenómenos naturales y sociales, sino como un ordenamiento de cómo deberían ser los fenómenos sociales para la construcción de instituciones necesarias.²³⁰ Si entendemos a las normas como “deber ser”, nos limitamos a un orden de objetos ideales, en el sentido del positivismo jurídico (pretensión de objetividad y neutralidad), por ejemplo; pero más bien, hay que entender que las normas son un objeto que solo puede existir como una relación entre sujetos.

Para Vega, las normas no pueden ser vistas como objetos en sí mismos – objetos como tema de estudio para la dogmática - sino como una relación ideal entre sujetos (2000a: 138). Esta relación ideal se traduce en las instituciones sociales que sostienen tal ordenamiento, objetivo de la normatividad jurídica.

Ahora bien, se puede pensar en un primer momento hipotético, en el que el “deseo” (la axiología) de un tipo particular de ordenamiento crea elementos para guiar la prescripción normativa, y las consecuentes instituciones derivadas. Un análisis de tales instituciones y normas, sobrepasa el nivel axiológico y puede llegar a un nivel descriptivo o explicativo, pero no ya de las justificaciones de tal orden, sino de su “existencia”; pero este análisis ya no compete al derecho.

El derecho tiene por objeto la creación de una normatividad prescriptiva para construir relaciones sociales deseadas. Describir tal normatividad ¿puede ser objeto de una ciencia? La descripción es un elemento consustancial de la ciencia, solo a través de una descripción se puede derivar su sentido explicativo, digamos, el porqué.

Entonces, ¿sería posible una ciencia jurídica que trate sobre un objeto particular y específico como el derecho? La respuesta es no, pues el nivel de lo jurídico es prescriptivo (existe para normar) y puede, en el mejor de los casos, ser descriptivo (describir la norma o su conjunto, como el caso de la dogmática jurídica), pero no explicativo, porque sus explicaciones serían vacuas y tautológicas, siempre tendría que remitirse al hecho de que la norma existe para normar, por un arbitrio primigenio (tal axiología).

Si se pretende edificar una ciencia del derecho en sentido moderno, el derecho no podría decirnos nada de sus causas, más allá de la propia existencia de la norma. La relación causal, una característica sustancial de la explicación de las leyes y teorías de la ciencia moderna, para que sean explicativas y predictivas (Hempel, 1996), no pueden ser parte del derecho, como lo reconoce Kelsen (aunque por causas diferentes a las aquí expuestas). Por ello, García Máynez (1960; 2002) diferencia tales normatividades (aunque equívocamente reduce las explicaciones científicas a una relación causa-efecto).

Si nos centramos en el “porqué” en el sentido de causa material del derecho, no hay mucho que decir, es obvio que el derecho es producto de lo que se denomina como un “arbitrio primigenio” sobre el cual se basa la norma. El porqué de tal arbitrio, sobre qué y

²³⁰ La institucionalidad es una de las cuestiones fundamentales no sólo en el sentido práctico del derecho, sino como un principio epistemológico en sí mismo y que será tratado en su momento.

cómo se fundamenta, ya es una cuestión que excede al hecho de una ciencia jurídica y cae en manos de la filosofía del derecho, sobre todo la del derecho natural.

Aristóteles define el saber científico por *conocer las cosas y las causas por las cuales la cosa es y el porqué de tales causas*, por las cuales la cosa no puede ser de otra manera (Morán y Castellanos, 1997: 74). En el sentido en el que el derecho es una convención, es un saber determinado claro y “puede ser de otra manera”. Si pensamos que no puede ser de otra manera y es producto de un ordenamiento natural, caeríamos en el campo del derecho natural y no de la pretensión de positividad del derecho como ciencia.

En tal caso, el derecho se encuentra en un callejón sin salida, pues apenas alcanzaría un plano meramente descriptivo con un alcance explicativo sin interés. Vega lo explica así:

Una tal ciencia jurídica descriptiva no tendría precisamente forma científica alguna, dado que, al no rebasar el nivel constituido por las normas y servir a su simple constatación, se limitaría a adoptar la forma que el propio derecho tienen en cuanto a normativo (Vega, 2000a: 138).

Sin embargo, también se podría argüir que las normas producidas por el derecho obedecen a relaciones sociales previas, es decir superan la condición de convención arbitraria y se articulan de acuerdo a explicaciones más profundas de la forma en la que la organización social las produce. Pero la construcción de tales explicaciones no es propia de una ciencia jurídica, porque es más bien el producto de otros saberes (las ciencias sociales) encargados de entender el ordenamiento social en un sentido no puramente descriptivo, sino presumiblemente explicativo. Más allá del estatus epistemológico de las ciencias sociales, cuestión que no nos atañe aquí, por su objeto de estudio, la comprensión de tal ordenamiento caería en su campo y, en tal caso, el derecho sería una técnica social derivado de tales saberes.

Podríamos remitirnos a la idea de Max Weber (2009) sobre la ciencia económica, cuyo sentido es describir, comprender, explicar, interpretar, conocer; y luego cobra un sentido normativo, en el sentido de crear técnicas en base a sus teorías para ser aplicadas en varios ámbitos. El derecho tendría la misma función.

3.4.3 Otra aproximación sobre la normatividad

Dos distinciones fundamentales entre los hechos de una ciencia y los que estudia el derecho son la agencia y la incidencia. A esto, el concepto primordial de imputabilidad sobre el hecho es primordial. En vista del carácter normativo-conductual, la imputabilidad sobre un hecho implica que la agencia siempre es consciente e individual (pues así es entendido desde el concepto de libertad) y que además su incidencia es de carácter social. Conocer un hecho sin incidencia no tiene ningún tipo de repercusión desde el punto de vista jurídico (sería vacío). Si no se conoce el acto para ser juzgado, el acto no tiene sentido jurídico.

Al igual que lo dicho para Weber (1904-2009), Turner (2010) nos dice que una de las características de la normatividad científica es su separación con el éxito práctico, existe en ella cierto carácter trascendental cuya funcionalidad puede derivarse pero ese no es su objeto primordial en cuanto a su racionalidad. Podríamos decir que en su racionalidad, el objetivo de la ciencia es explicar los fenómenos que acaecen bajo métodos y sistemas idóneos y que desde un punto de vista social, son los intereses y necesidades humanas las que promueven las

líneas de investigación, pero ambos son independientes en su funcionamiento (Zamora Bonilla, 2001; 2008).

El conocimiento en miras a un saber práctico construye redes sociales de reproducción de patrones exitosos (el método científico) y se sigue de intereses políticos reales, pero el propio éxito de la ciencia para satisfacer tales intereses obedece al “abandono” de tales intereses. Por tanto, la ciencia puede conocer sin necesidad de aplicación y debe conocer sin atenerse a los intereses que la guían. Por otra parte, en el caso de la normatividad jurídica, es totalmente diferente; ésta debe ser aplicable siempre, pues se remite a casos particulares y solo allí existe. Como hemos dicho, los casos jurídicos lo son al ser “conocidos” en derecho. Las normas no se reproducen fuera de la imputabilidad y del ámbito de incidencia; el carácter explicativo solo tiene sentido, en rigor, si está conectado de forma íntima con la práctica.

Milton Friedman,²³¹ en su ya famoso ensayo sobre la función de la economía – una ciencia social, cuyo objeto tiene como función incidir en la realidad y no simplemente describirla - postula cierto principio normativo de la ciencia económica, que vincula la predicción de lo que va a suceder con una racionalidad sustantiva de lo que se debe hacer (precisamente aquello que Weber describía como el carácter técnico – aplicado que la economía había cobrado desde su tiempo y que no era parte del discurso científico).

Para Friedman, el carácter normativo de la ciencia está en la posibilidad de predecir aquello que va a suceder, pero fundamentalmente, incidir en la realidad; es decir, hay una conexión cercana entre el conocimiento de la economía como ciencia y el saber instrumental-técnico. El impulso que la visión de Friedman ha tenido en la economía moderna es amplio, no solo en sus postulados políticos, sino en la dimensión epistemológica de lo que “debe hacer” la ciencia, incluso sacrificando el principio de realidad. Este sacrificio del “realismo” del modelo, en favor de su poder explicativo es una cuestión muy discutida en lo que concierne a las ficciones científicas. También se debe recalcar que factores como la “elegancia del modelo”, su mayor poder explicativo y predictivo, su cuantificación, es decir, su *formalismo*, se prioriza por sobre la “realidad” de las premisas. Dos cosas conectan de forma importante a la economía clásica con ciertas corrientes del derecho: la normatividad como fundamento práctico y la tendencia a crear un sistema formal.

3.5 Ficción científica y ficción jurídica

3.5.1 La ficción en la ciencia

Podemos recordar las sentencias iniciales del *Tractatus* de Wittgenstein: “El mundo es todo lo que acaece. El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas. El mundo está determinado por los hechos y por ser *todos* los hechos. Porque la totalidad de los hechos

²³¹ En el ensayo al que nos remitimos en este trabajo, *The Methodology of Positive Economics* de 1953, Friedman resalta el carácter idealizador de los modelos económicos, pues en un sentido ulterior, lo que importa es el carácter explicativo-predictivo y no el “realismo” de los modelos. Por ello, Friedman es visto como un instrumentalista. De forma irónica, su concepción sobre el conocimiento de la economía, coincide con el de Marx, sobre la necesidad de incidir en el mundo.

determina lo que acaece y también lo que no acaece. Los hechos en el espacio lógico son el mundo. El mundo se divide en hechos.”²³²

Cuando Wittgenstein extiende el campo de los hechos más allá de las “cosas”, de los objetos del mundo, éste viene a convertirse en lo que decimos de él. Este principio, ya implícito o explícito en el desarrollo de la filosofía y el pensamiento occidental anterior a Wittgenstein será el fundamento de lo que Rorty (1967) denominará “giro lingüístico” y conlleva, más que nada, el estudio de nuestro campo cognitivo, expresado en lenguajes naturales y formales de lo que acaece en el mundo. La ciencia es una forma particular de discurso sobre la realidad, el discurso que quizá más *diga sobre el mundo*.

En lo expresado, también subyace una vieja discusión acerca de la relación entre sujeto cognoscente y objeto cognoscible, cuál es la naturaleza de esta separación, de haberla, y cómo lo que pensamos del mundo se define con respecto a éste, cómo las mejores explicaciones que nos hacemos del mundo (digamos nuestras mejores teorías científicas) llegan a tener un alto grado de certeza y predictividad, ¿por qué son más *verdaderas* que otras? En pocas, los grandes problemas de la teoría del conocimiento y de la filosofía de la ciencia.

El proyecto de Wittgenstein de dotar herramientas analíticas universales, es contemporáneo de otros varios proyectos que buscan, aunque en diferentes perspectivas, objetivos epistémicos parecidos. El propio surgimiento de la moderna disciplina de la filosofía de la ciencia, forma parte de estos esfuerzos. Los trabajos de los lógicos formales y los positivistas lógicos son también esfuerzos coetáneos a los de Wittgenstein por dilucidar el sentido mismo de la construcción de una imagen del mundo a través del lenguaje. El proyecto de Wittgenstein seguirá también otros derroteros, en los que la pregunta sobre cómo el lenguaje estructura e incluso *crea* nuestra comprensión del mundo ha recorrido la gnoseología moderna.²³³

Para Arthur Fine (1993/2009), un primer esfuerzo seminal por comprender el papel que tienen las ficciones en todos los órdenes cognitivos está presente en el trabajo de Hans Vaihinger (1911/1968). Su libro, anterior a los trabajos de Wittgenstein, *Philosophie des Als Ob*, la *Filosofía del como si*, juega un rol relevante al posicionar el tema de la ficción en la cognición humana. Para Mauricio Suárez (2009), en el campo específico de la filosofía de la ciencia, el trabajo seminal vendría a ser el de Fine,²³⁴ que a su vez, retoma en su artículo de 1993, *Fictionalism*, el análisis de Vaihinger y el de Israel Schaffler de 1963, sobre este tema. Fine también reconoce la enorme influencia que Vaihinger tiene en el positivismo lógico del Círculo de Viena, siendo él mismo quien usa por primera vez el término.

Para Ribeiro Dos Santos (2008), en la *Filosofía del como si*, se pueden reconocer dos posturas que confluyen: una primera, de matriz biológica darwiniana, que entiende a los

²³² “Die Welt ist alles, was der Fall ist. Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge. Die Welt ist durch die Tatsachen bestimmt und dadurch, daß es *alle* Tatsachen sind. Denn, die Gesamtheit der Tatsachen bestimmt, was der Fall ist und auch, was alles nicht der Fall ist. Die Tatsachen im logischen Raum sind die Welt. Die Welt zerfällt in Tatsachen”.

²³³ Esto puede ejemplificarse con lo que se llama la distinción entre la tesis lingüística y ontológica sobre el carácter de verdad de los predicados: “A first crucial distinction is between a *linguistic* and an *ontological* thesis. The linguistic thesis is, roughly, that already expressed above, according to which utterances of sentences of the discourse are best seen not as efforts to say what is literally true, but as useful fictions of some sort. The ontological thesis, by contrast, is the thesis that the entities characteristic of the discourse do not exist, or have the ontological status of fictional entities.” (Eklund, 2015: s/p).

²³⁴ Además del influjo fundamental de Kant en el texto de Vaihinger, Fine le otorga una influencia explícita de Bentham, Lange y Nietzsche. Aparte, en la propia introducción, Vaihinger resalta el papel que los nominalistas altomedievales ingleses - Occam y Dunn Scott -, tienen en él; además del papel de Hobbes y Hume. Fine ve una línea de continuidad en Vaihinger de la cuestión de las impresiones y la imagen que nos hacemos del mundo que se puede remontar a Berkeley y Hume.

juicios como una “tecnología del pensamiento” que permite resolver los intereses prácticos y vitales; y la segunda, que sigue una concepción pragmatista de la verdad: “siendo de orden ficcional bajo el modo de ficciones conscientes” (pp. 30–31) y vistas como útiles y necesarias.

Vaihinger describe al pensamiento científico como “a function of the psyche” y entiende a la *psique* como “organic formative force... and can adapt foreign elements to its own requirements” (Vaihinger, 1911/1968: 1). Vaihinger retoma las formas puras kantianas pero adaptadas al contexto iniciado por la revolución biologicista darwiniana. La *psique* es parte de una estructura biológica que se adapta y modifica al mundo externo y permite su comprensión, tal como reza la famosa sentencia kantiana de ver a la razón como vacía sin el mundo material, pero a este ciego sin la razón (Kant, 1781/ 1928). Por ello, Vaihinger concibe al pensamiento lógico como adaptable a las circunstancias y objetos que se aprehenden a través de él. Pero esto no solo se limita al trabajo científico, que es la forma más depurada de pensamiento, sino que, como dice Fine (1993/2009), es parte de un análisis más extenso, propio de la condición humana. “The purpose of thought may be defined as the elaboration and adjustment of the material of sensation for the attainment of a richer and fuller sensational life experience” (Vaihinger, p. 6).

En este nexo necesario, el pensamiento se despliega como una manifestación, la mayoría de veces inconsciente, que permite articular nuestras capacidades innatas con el mundo externo y aprovecharlo. En este sentido, Ribeiro Dos Santos (2009) ve esa concepción pragmatista de la verdad, aunque cabe recordar que Vaihinger opone el ficcionalismo al pragmatismo, en el sentido en que una idea que ha probado ser útil en la práctica termina por ser verdadera; para él, más bien, en otro sentido que es vital para entender las ficciones en ciencia: “An idea whose theoretical untruth or incorrectness, and therewith is falsity, is admitted, is not for that reason practically valueless and useless” (Vaihinger, p. viii). Esto conlleva a que se piense en las ficciones más desde su utilidad práctica y explicativa que desde su condición de verdad o falsedad.

En esta conexión, Fine (1993/2009: 23) ve en Vaihinger un intento primordial: el de mostrar al pensamiento ficcional como una capacidad humana fundamental y cuya aceptación ha estado presente, en diversas formas, en los más grandes pensadores de la historia.

Por supuesto, esta capacidad ficcional es también útil para el pensamiento científico, lo que contradice a la vieja suposición del conocimiento científico como un conjunto de teorías que reflejan de forma fiel las verdades que se encuentran en las clases naturales. El pensamiento ficcional se presenta, por supuesto, como una forma de contradicción de la verdad o de no verdad, lo que ha conllevado a una disputa compleja en lo que respecta a las actitudes realistas o antirrealistas de las teorías científicas. Sin embargo, el punto clave es notar la importancia extendida y el acuerdo general que se le da al rol de las ficciones, metáforas, idealizaciones, etc. en la ciencia, ya sea bajo el influjo de Vaihinger²³⁵ o no; y por lo que se insiste en que las ficciones y otras formas explicativas como las metáforas son expresiones conscientes no literales del mundo con propósitos heurísticos, descriptivos, explicativos, etc. (Black, 1962; Goodman, 1983; Fine, 1993/2009; Suárez, 2009; De Donato y Arroyo Santos, 2012; Woodward, 2014; Eklund, 2015).

²³⁵Para Vaihinger la propia división de sistema natural, del cual se ocupan la mayoría de ciencias naturales, ya implica un grado de ficción que sirve para remarcar diferencias sustanciales entre dos elementos.

Vaihinger hace una distinción entre ficciones reales de otras semi-ficcionales. Las ficciones “reales” tendrían tres características: (1) contradicen la realidad, (2) son contradictorias consigo mismas, (3) se asume conscientemente que tienen ambas características. Las semi-ficcionales no comparten la segunda condición. En ambos casos, hay conciencia de la artificialidad de la representación del mundo. Sin embargo, de acuerdo a Fine (1993/2009: 23), solo aquellas proposiciones, conceptos, etc. semi-ficcionales son propios para la ciencia, porque las ficciones reales, aquellas que se contradicen a sí mismas no pueden ser representadas en la naturaleza y no pueden funcionar como hipótesis explicativas. Si las ficciones fuesen tratadas como hipótesis, en estricto sentido, serían falsas.

- 1) “Abstractive or neglective fictions” – porque obvian o desatienden importantes elementos de la realidad (p. 19). El autor pone por ejemplo la presunción de Adam Smith de que todos los humanos nos guiamos en nuestros actos por el egoísmo. En física, pone el ejemplo de puntos de masa de cuerpos extensos, como si la masa y la gravedad se concentrasen en ese punto. También las ejemplifica con ciertas tipologías hechas en la psicología de su tiempo, que se concentran en pocos elementos definitorios.
- 2) Fine agrupa bajo el nombre de “ficciones de significado” a los cuatro tipos de ficciones que Vaihinger da:
 - a) Esquemáticas – aquellas que, al igual que en las abstractivas, eliminan todos los demás factores no convenientes a la descripción.
 - b) Paradigmáticas o casos imaginarios – que podrían tener una función más explicativa e incluso pedagógica con el objetivo de ejemplificar lo que se quiere decir. Un caso es el de las ficciones retóricas con fines demostrativos.
 - c) Las ficciones utópicas – entendidas como casos deseados o ideales. Vaihinger cita los ejemplos de Platón sobre la sociedad deseada (o el hermafroditismo original de los seres descritos por el filósofo) o las ficciones de los estados primitivos que eran corrientes durante el siglo XVIII.
 - d) Tipos ficticios – como tipologías. El ejemplo que pone Vaihinger es el de los seres y plantas originarias de Goethe.

A su vez, Fine (1993/2009) distingue 10 tipos de ficciones: abstractas; de significado; esquemáticas (paradigmáticas, retóricas, utópicas, tipos); analógicas; legales; personificadoras o nominales; adicionales; heurísticas; prácticas (éticas); matemáticas²³⁶ (p. 24).

De lo dicho anteriormente, se resaltan para la ciencia, al menos, cuatro cosas:

- 1) Son ficciones lo que se dice del mundo de forma no “verdadera” o “ajustada” a la realidad. El problema de esta aseveración es que comporta dos problemas. El primero es que el propio nominalismo nos diría que nada se “ajusta” a la realidad, todo sería una ficción. Por otro lado, también deriva el problema de que existen ciertos grados de proximidad en lo que se dice.
- 2) Las ficciones son herramientas utilitarias, ya sea explicativas, heurísticas, descriptivas, metafóricas, etc. Tienen un alto componente de instrumentalidad en este sentido.
- 3) El uso de ficciones en la ciencia tiene un carácter consciente de su no ajustamiento a la realidad.
- 4) No necesariamente su uso impone algún tipo de compromiso con la realidad. Dependiendo de la forma en la que se plantean, pueden tener un uso instrumental en la

²³⁶ Para Poincaré (1914), las entidades matemáticas son un tipo de convenciones determinadas (que parte desde su notación, hasta la forma expositiva) y que se presentan como si “existieran realmente”, por lo que en este sentido, cobrarían un sentido ficticio.

ciencia. Como dice Fine, “fictions are the product of human invention; they are not discovered” (1993/2009: 27).

El tipo de ficciones legales tienen un objeto menos explicativo que ejemplificador, en el sentido en el que se exponen casos paradigmáticos o elementos ficcionales de referencia para realizar argumentaciones, tomar decisiones, etc. Un muy buen ejemplo de ficción legal es el de “velo de la ignorancia” de Rawls (1975), por el cual, se asume que en el pacto originario que crea el Estado, se asume que todos partimos con igualdad de condiciones y de conocimiento sobre cuestiones clave del orden social.

3.5.1.1 Modelos y ficciones

La forma en la que las ficciones pueden ser incorporadas en la ciencia, relaciona una serie de elementos centrales en la discusión sobre el estatuto epistémico de las teorías científicas. En primer lugar, el uso de ficciones como analogías, metáforas, abstracciones, tiene un componente estrictamente epistémico-lingüístico y no ontológico.

The linguistic thesis is, roughly... according to which utterances of sentences of the discourse are best seen not as efforts to say what is literally true, but as useful fictions of some sort. The ontological thesis, by contrast, is the thesis that the entities characteristic of the discourse do not exist, or have the ontological status of fictional entities. (Eklund, 2015)

En el primer caso, lo que Eklund llama “tesis lingüística”, las ficciones guardan una condición instrumental; mientras en el segundo caso, en la llamada “tesis ontológica”, se presupone al discurso o a las proposiciones lingüísticas como una suerte de ficciones en sí mismas. En ningún caso, refiere directamente a una posición “ontológica” frente a los fenómenos del mundo, a la existencia de clases naturales, etc., sino que se limita al ámbito del uso y la cualidad sustancial del discurso. Sin embargo, el problema de las ficciones “goes to the heart of the realism-antirealism dispute” (Suárez, 2009: 7). Ahora bien, el problema de las ficciones se atiene (para no complejizarlo aún más) a la relación entre lenguaje y mundo externo. De alguna manera, la disputa sobre la función de las ficciones y su estatuto ontológico, debería partir de un compromiso de aceptación de la propia realidad; de otra forma, discernir la cuestión de las ficciones sobre un mundo ya *ficcional* tendría poco sentido.

Ahora bien, en ciencia, se acepta que el poder explicativo de una teoría se atiene a su capacidad de dar cuenta de la realidad o su *grado de cercanía* con la misma (Suárez, 2009), y que, dado el carácter nómico, la explicación predice lo que sucede a través de confirmaciones. El asunto relevante con respecto a las ficciones es cómo, por un lado, son una parte fundamental para aumentar el poder explicativo de las teorías y, por otra, cómo el uso de ficciones, mantiene *criterios* de correspondencia con la realidad. Por supuesto, para la filosofía de la ciencia, el asunto no es menor. Esta es la disputa que Eklund (2015) denomina “meaning versus use”, es decir la relación que existe entre cómo entendemos las ficciones y su valor como potencial explicativo.

Dentro de las formas de representación “ficticias” de la ciencia, los modelos son los que tienen un papel primordial en la explicación de las teorías científicas modernas (Frigg y Hartmann, 2012); han tenido un rol central en los debates de la filosofía de la ciencia en las últimas dos décadas (De Donato y Zamora Bonilla, 2009); y, en general, en la ciencia moderna, sustituyen a la idea de “ley natural” que espera ser descubierta y descrita, por una

“representación” del mundo, en el que el lenguaje juega un papel primordial²³⁷. “Models are of central importance in many scientific contexts, where they play an essential role in the acquisition and organization of scientific knowledge” (Frigg, 2006: 49).

De acuerdo a Frigg y Hartmann (2012), los modelos atienden a tres problemas básicos: (1) semánticos - ¿cuál es la función de representación de los modelos?; (2) ontológicos - ¿qué clase de objetos son los modelos?; (3) epistemológicos - ¿qué podemos aprender con los modelos?

Dentro de la discusión semántica de los modelos, se piensa en la forma de representación, cómo los modelos, como conjunto de entidades lingüísticas se relacionan a un fenómeno determinado, si lo describen o representan (Frigg y Hartmann, 2012). El interés creciente por los modelos, cobra fuerza con las posturas estructuralistas de las teorías científicas o el denominado enfoque semántico de Bas van Fraassen.²³⁸ Las teorías científicas serían familias de modelos y se concibe a los mismos como “caricatures of the natural world” (Chakravartty, 2001: 327). Lo que constituiría a los modelos, al menos, serían dos cuestiones fundamentales, ambos relacionados estrechamente con el problema de la ficción: abstracción e idealización.

Se entiende por abstracción a “process whereby only some of the potentially many relevant factors or parameters present in reality are built-in to a model concerned with a particular class of phenomena” (Chakravartty, 2001: 327). Así, en la abstracción se toman los principales factores para construir la representación y se desdenn aquellos que no *son útiles* a los fines explicativos o representacionales. Por ejemplo, si se habla de “humano” desde el punto de vista biológico, la abstracción se atendrá únicamente a sus aspectos orgánicos, genéticos, etc.

En cuanto a la idealización, es una “deliberate simplification of something complicated with the objective of making it more tratable” (Frigg y Hartmann, 2012: s/p). Planos sin fricción, velocidad infinita, sistemas aislados son idealizaciones propias de la ciencia. Esta simplificación, por supuesto, es ficticia, pero permite crear modelos o sistemas explicativos más sencillos. En este sentido, se debe recalcar el papel instrumental de las ficciones, cuya utilidad se puede comprobar en la confirmación. De Donato y Arroyo (2012: 12) sostienen que, al menos, se puede entender a la idealización de dos formas: (1) “as a mental process or certain procedure of reasoning”; (2) “as the product or the result of that process”; concluyendo el rol fundamental en la ciencia: “laws, models and theories are idealizations or are idealized”.

En el caso de las ciencias sociales, un uso muy extendido es el de cierto tipo de idealizaciones particulares (podríamos decir no nómicas), relacionadas a los tipos ideales weberianos (Hempel, 1996). Weber habría sido uno de los primeros en remarcar la importancia de las idealizaciones en la ciencia (De Donato, 2007), precisamente recalando la necesidad de construir modelos explicativos. Weber (2009) recalca la necesidad de construir “dominios” analíticos basados en estructuras-tipo, que permitan entender ciertos fenómenos

²³⁷ Se debe observar que existen ciertas posturas que no limitan el análisis de los modelos a entidades lingüísticas (Frigg y Hartmann, 2012).

²³⁸ De acuerdo a Guerrero Pino (2007: 28), la posición semántica y estructuralista están de acuerdo en que “los modelos determinantes son la clase de modelos teóricos, los modelos de datos y las aserciones empíricas”.

particulares. De acuerdo a De Donato (2007),²³⁹ habría dos caracterizaciones de tipos ideales: (1) tipos ideales individuales, más centrados en el análisis histórico, como el caso del capitalismo (que no es una propuesta weberiana, por supuesto) o la época Moderna; (2) tipos ideales generales, más usados en la sociología, como las tres famosas formas de dominación. Estas formas no son excluyentes. Entenderíamos a los tipos ideales como: “una construcción mental (o “*Gedankenbild*”) que tiene el carácter de una utopía en sí, que es obtenida a partir de la exageración mental de determinados elementos de la realidad” (De Donato, 2007: 153). Para De Donato, se puede establecer una relación entre los tipos ideales weberianos (aplicados, sobre todo, a las ciencias sociales) y las idealizaciones de la ciencia, sin dejar de tener en cuenta las diferencias metodológicas. La relación análoga general es que el uso de generalizaciones de tipo ideal hechas por los científicos, tienen por objeto la simplificación de las hipótesis explicativas y que éstas puedan ser manejables.²⁴⁰

3.5.1.2 El papel de las metáforas en los modelos

El término griego *metáfora* (μεταφορά) significa traslación, traslado (Rivadulla, 2006), desplazamiento. El análisis de las metáforas en la ciencia puede haber empezado con el trabajo de Max Black de 1966 *Models and Metaphors*.

La postura de Black (1966: 25 ss.) es la de distinguir entre dos elementos, uno principal y otro subsidiario. La metáfora traslada entre ambos elementos el significado, por lo que puede sucederse una interpretación del elemento subsidiario con respecto al principal, sirve como ejemplificación explicativa.

Uno de los ejemplos clásicos de metáfora es la comparación entre el átomo (el modelo atómico de Bóhr) y el sistema solar. En la relación establecida, el elemento primario (el átomo) incita a buscar elementos en el segundo (el sistema solar) para poder reproducir al primero. La metáfora guarda, en este caso, un sentido de simplificación a un sistema más conocido con fines explicativos o pedagógicos; permite dilucidar el primer elemento con factores extraíbles del segundo (Rivadulla, 2006).

En general, en los modelos, se hace uso de formas de traslación explicativas para simplificar y proyectar el objeto de estudio. Por supuesto, estas formas son ficcionales, pero esta forma de “abordar” la realidad ha cobrado gran relevancia dentro de la construcción de teorías científicas. De acuerdo a Black (1966: 237), las analogías e idealizaciones son formas de metáforas “sumergidas” dentro de los modelos. Siguiendo a Frigg y Hartmann (2012),

²³⁹ Hempel (1996) y De Donato (2007) recalcan el uso de tipos ideales en las ciencias sociales en casos como las tipologías psicológicas, en las que se establecen tipos extremos, que no existen en la realidad, usadas por Brown (1963).

²⁴⁰ Una de las críticas más famosas sobre el uso instrumental y explicativo de la función de los modelos en la ciencia (en realidad más basadas en el caso de la física) es la de Nancy Cartwright (1983), quien propone tres ejes críticos básicos: (1) “the manifest explanatory power of fundamental laws does not argue for their truth”; (2) “we explain by *ceteris paribus* laws, by composition of causes, and by approximations that improve on what the fundamental laws dictate. In all of these cases the fundamental laws patently do not get the facts right”; (3) “a *simulacrum* account of explanation. The route from theory to reality is from theory to model, and the model to phenomenological law. The phenomenological laws are indeed true of the objects in reality – or might be; but the fundamental laws are true only of objects in the model” (pp. 3-4).

La crítica de Cartwright se basa en ver una relación inversa entre poder explicativo y *criterio de verdad*. Mientras, con el uso de modelos y ficciones, una teoría gana en poder explicativo, se reduce su verosimilitud. La reconstrucción de los fenómenos permite simplificaciones, pero no se ajusta a los hechos. Cartwright parte de una supuesta distinción entre leyes fenomenológicas – fenómenos o sucesos “observables” – y teoréticas – inobservables. De acuerdo a Cartwright, las explicaciones de las leyes fundamentales siguen el patrón del modelo, por lo que las leyes fenomenológicas serían más verdaderas, pero carecerían de poder explicativo, mientras que las leyes teóricas, con mayor poder explicativo, no describen, pero tampoco tendrían por objeto describir a los fenómenos (Suárez, 2009b: 385-386).²⁴⁰

podemos encontrar cuatro tipos de modelos, de los cuales, al menos uno, utiliza necesariamente formas metafóricas y los otros pueden estar íntimamente relacionados.

- 1) Modelos a escala – copias o réplicas “exactas” del objeto – como maquetas arquitectónicas, por ejemplo – o mapas. Los mapas constituyen formas modélicas ejemplares, que pueden usar términos *metafóricos* para representar la simplificación instrumental de la realidad.
- 2) Modelos idealizados – como habíamos visto, una idealización es una simplificación deliberada. Habría dos formas de idealizaciones: la aristotélica – que deshecha aquello no relevante: “this allows us to focus on a limited set of properties in isolation” (Frigg y Hartmann, s/p), como el caso del modelo planetario de la mecánica clásica; las galileanas – que incluyen distorsiones deliberadas – como los planos inclinados. Ambas no son mutuamente excluyentes.
- 3) Modelos analógicos – si seguimos la aseveración de Black, este sería el uso más claro de metáforas en la construcción de modelos. “Two things are analogous if there are certain relevant similarities between them” (Frigg y Hartmann, s/p). En la analogía, como en la abstracción se usan características necesarias, sin las cuales no se podría “hablar del mismo objeto”. Los ejemplos podrían ser los modelos computacionales de la mente o el modelo hidráulico de un sistema económico. Dentro de ellas, habría tres tipos de analogías: la positiva (características comunes), la negativa (las distinciones), la neutra (que hacen referencia a lo que no se conoce).
- 4) Modelos fenomenológicos – establecen analogías sobre los fenómenos observables, pero intentan describir algo que va más allá.

Ahora bien, el uso metafórico está íntimamente relacionado al modelo análogo y puede tener diferentes roles en el caso de las otras formas de modelos; sin embargo, quisiera recalcar el papel explicativo-pedagógico que cobran los modelos en la ciencia. En el afán de simplificación explicativa, pueden funcionar como un atajo para explicar fenómenos más complejos a partir de experiencias más inmediatas.

En todo caso, nuevamente, las ficciones y su representación a través de modelos es una piedra angular de la ciencia moderna, pues relaciona la forma en la que nos representamos mentalmente y expresamos a través del lenguaje – ya de por sí polisémico, abstracto, inexacto – los fenómenos aprehendidos por la ciencia. Que las explicaciones de la ciencia busquen mayor rigor y exactitud que las del conocimiento ordinario, no implica que no partan de las mismas limitaciones de representación de lo humano, cuestión que Vaihinger puso en el tapete desde la filosofía y que es uno de los aspectos más importantes de estudio de las neurociencias actuales.

3.5.2 Ficciones jurídicas

Generalmete, se acepta la importancia de las ficciones y presunciones legales dentro de la elaboración de la legislación, así como de la aplicación de la misma en juzgados. Fuller (1967) reconoce su importancia central en todas las actividades jurídicas y citando a Ihering, recuerda que el autor alemán piensa que el derecho como ciencia no puede desarrollarse sin

éstas, pero que como ciencia, también, debe tratar de prescindir de ellas.²⁴¹ “The fiction has generally been regarded as something of which the law ought to be ashamed”. Fuller recuerda a Bentham, que quiere librar al saber de “the pestilential breath of Fiction” (p. 2). La cuestión parece no ser menor, pues en términos de justicia y verdad, ¿cómo las ficciones contribuyen a conseguirlas? Por supuesto, si vemos la cuestión en la tendencia de Bentham, la ficción se confunde con una mentira, para Fuller, esta primera distinción es central, y recae en la intención de engaño. Las ficciones no tienen tal pretensión (p. 6), pues, al igual que en la ciencia, tienen un rol instrumental claro para la resolución de ciertos objetivos.

Una ficción también se distingue de una conclusión errónea (o una hipótesis falsa, como aclara Fuller), porque es adoptada por su autor, con total conocimiento de su falsedad, funciona como una presunción. Mendonca (1998) toma de Ulmann-Margalit la siguiente noción de presunción jurídica: “el derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se “infiere” un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario” (p. 83). Así, las presunciones permiten resolver un caso en controversias, mientras no existan elementos de prueba en contra. Cuáles elementos se toman en cuenta en la presunción, depende no solo de factores epistémicos, sino, y sobre todo, de principios jurídicos. En términos lógicos, una presunción puede funcionar así en el sentido $p \rightarrow q$, según el cual, p (la presunción) da lugar a q (el hecho presumido). Retomando a Ulmann-Margalit, Mendonca, nos dice que la *regla de presunción* sería: “dado que es el caso de que p , debe procederse como si q fuese verdadero, a no ser que o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de q ” (p. 84).

Para Mendonca, la mejor forma de entender el verbo “presumir” es “aceptar”. Se acepta que las proposiciones que se toman como presunción son parte de una estrategia que nos lleva a asumir una premisa en un contexto, sobre la base de posibles argumentos, inferencias o deliberaciones (p. 85). Funciona a la manera de *creer*, en el sentido de tomar partido para la deliberación, pero *aceptando su falsedad o su posibilidad*. En Laudan (2006), podemos recordar que uno de los principios que rige el derecho es la aceptación de un principio moral por el cual es preferible liberar a diez culpables que sentenciar a un inocente (Laudan tiene sus reparos en términos lógicos con este principio). Si nos guiamos por este principio, tenemos elementos que permiten construir presunciones para llevar a conclusiones “más allá de cualquier duda razonable”.

Una ficción jurídica puede ser entendida en dos sentidos: como “ficción legal” o como “entidad jurídica fingida o ficticia” (Hernández Marín, 1986: 141). Una ficción legal puede tomar la forma “Los F se considerarán como G o no G ”. Las ficciones legales son disposiciones cualificadoras (emiten juicios) que atribuyen la cualificación G o no G a las entidades que tengan la propiedad F . Dado que son disposiciones cualificadoras, los criterios de verdad no pueden ser aplicados. Por ejemplo, si la norma A refiere como deseable el acto B , se asume que hay una cualificación C para tal acto. Tal cualificación no se puede analizar en valores de verdad.²⁴²

²⁴¹ Smith (2007: 1437) define así la visión tradicional de ficciones legales: “The classic common law legal fiction treated as true a factual assertion that plainly was false, generally as a means to avoid changing a legal rule that required a particular factual predicate for its application”.

²⁴² “... las ficciones legales tienen, al igual que todas las disposiciones cualificadoras, forma asertiva y la diferencia entre las ficciones legales y las restantes disposiciones cualificadoras se halla en el hecho de que si esas oraciones formalmente

El ejemplo dado por Hernández Marín (1986) es la ficción del concebido como nacido para lo que sea favorable. Funcionaría, más o menos así: si a d (nacido), le es y (favorable) y también a x (concebido), entonces y se aplicará a x como si fuera d . Esto implica que “una disposición existente para los nacidos si es favorable a concebido, se refiere también a éste”, la utilidad es “la de conseguir la aplicación de la norma ya existente a un caso nuevo, la de vincular una disposición a una realidad distinta de aquella a la que la disposición se refiere” (pp. 142-143).

El hecho de que las ficciones legales no puedan ser analizadas en valores de verdad es una cuestión importante para diferenciar a este tipo de ficciones de las científicas.²⁴³ Si bien, las ficciones científicas son representaciones *desviadas* de la realidad, mantienen su carácter explicativo (precisamente por eso se las adopta, por simplificar el abordaje del fenómeno en cuestión) y también predictivo. En último caso, la verosimilitud del modelo (como expresión máxima del uso de ficciones en ciencia), depende de la realidad, por lo que sus aserciones siempre deben ser susceptibles de tener valores de verdad.

Por otra parte, estarían también las entidades jurídicas fingidas o ficticias, como los principios fundamentales, derechos humanos, el *common law*, la voluntad e intención. La posición de este tipo de presupuestos como ficticios ha recorrido toda la tradición de análisis jurídico realista y pragmático, desde Bentham hasta los realistas americanos (p. 144). Se puede tomar a la norma fundamental kelseniana como un tipo de ficción en este sentido. Se parte de un arbitrio primigenio para poder establecer un sistema jurídico que pueda tener como base una norma fundamental, tal como el contrato social, lo que conlleva un fuerte carácter instrumental ficcional. Si bien, en su momento, el espíritu contractualista, no veía al contrato social como una ficción (basta recordar cómo Locke busca comparaciones “naturales” en sociedades atávicas no europeas de cómo surgió tal contrato), pues era el producto de la “observación” minuciosa de la naturaleza humana, esta forma de ficción cobra un sentido más utilitario y pragmático en lo posterior (como en el caso de Rawls o Kelsen), pero que se toma ya como la necesidad de ficción para estatuir el sistema jurídico-político.

La cuestión central es que las presunciones, ficciones y contrafácticos en el derecho, tienen una función concreta de resolución de controversias en el ámbito de la aplicación jurídica, que por lo general suscitan nueva legislación o sientan jurisprudencia. Tienen, tanto como en la ciencia, un factor instrumental, que en el caso de la ciencia es, más bien, explicativo en los términos de explicación científica descritos.

El interés primordial de este tipo de ficciones no es explicativo, aunque pueda estar presente en el sentido de proponer un “caso tipo” (como la forma de concebir a los nacidos) para de allí subsumir otros casos posteriores. Su función es ficcional en un sentido más instrumental y tiene siempre un objetivo posterior prescriptivo, sin necesidad de asumir la realidad de lo representado.

asertivas que llaman ‘ficción legal’, fuesen consideradas como auténticas aserciones, susceptibles de ser verdaderas o falsas, serían oraciones patentemente falsas, incluso, en algún caso contradictorias” (Hernández Marín, 1986: 142).

²⁴³ Valga aclarar que en posturas similares a las de Cartwright (1983), es decir antirrealismo de las teorías científicas (no de las clases naturales o de los “objetos en el mundo”), las proposiciones científicas tampoco son susceptibles de analizarse con valores de verdad.

3.6 Breve resumen y conclusiones del capítulo

En esta segunda parte, se han presentado varios problemas centrales de la filosofía de la ciencia. Se inicia con la discusión en torno a los criterios de demarcación y si se puede analizar el derecho desde tales parámetros. Tras un esbozo de los principales aportes desde el positivismo lógico, se evidencia que se entiende que los postulados científicos son significativamente relevantes en el sentido de su posibilidad de confirmación con hechos observables y en que no se refieren a hechos aislados o sucesos únicos. De allí, en los distintos enfoques de la filosofía de la ciencia, se reconocen criterios de demarcación alrededor de la relación entre teorías científicas y fenómenos en el mundo a través de criterios de adecuación y correspondencia. De allí, se han establecido varios criterios, como el verificacionismo y el confirmacionismo de Carnap, la apertura y el falsacionismo de Popper, la tesis de los programas de investigación de Lakatos o las críticas a la existencia de criterios de demarcación como la tesis de la anarquía y la inconmensurabilidad de Feyerabend, la inexistencia de criterios homogéneos en Laudan o el relativismo de Latour. Esta discusión permite establecer una división tajante entre la ciencia y otras formas de discurso no científico; entre estos discursos, se reconoce un tipo particular conocido como “pseudociencia”, entendido como un tipo de discurso que pretende ser científico sin ningún tipo de asidero observacional válido, método o explicación relevante. Por ello, para el caso del derecho, si bien no se le reconoce un estatuto científico de acuerdo a los criterios de demarcación, tampoco se le da el estatus de pseudociencia por una cuestión primordial: la mayoría de conocimientos pseudocientíficos pretenden dar cuenta de hechos fácticos “observables”, es decir, se presentan como teorías naturales verdaderas. Las teorías del derecho ni dan cuenta de hechos observables ni sus autores tienen tales pretensiones espurias aliviadas como fundamentales en la pseudociencia por autores como Hansson o Bunge.

Se introduce al problema de la verdad en la ciencia y en el derecho, pero se marca sus distintos enfoques. En el caso de la ciencia, los criterios de verdad, buscan relevancia o significación empírica (Nagel o Carnap) y deben adecuarse al mundo, es decir que su semántica se refiere a la posibilidad de corroborar las afirmaciones (Tarski). En el caso del derecho, las afirmaciones pueden ser verificadas, pero no en un sentido de regularidad, sino aplicada a casos particulares o irrelevantes desde el punto de vista científico; es decir, que la verdad en el caso del derecho, si bien es importante, pues está relacionada con el afán de justicia, no tiene el mismo carácter que en la ciencia, pues está relacionada al debido proceso, a la verificación de hechos particulares reconocidos en una normatividad determinada, y tienen un plazo determinado por su carácter práctico-instrumental. En el caso de la ciencia, esto no es así, se busca verdades en términos de regularidades nómicas no de casos particulares.

También se aborda el problema de los propios criterios de demarcación dentro del propio derecho, justamente como un ideal de verdad y “justicia” en el caso “Dambert v. Merrell Dows Pharmaceuticals”, en el que la discusión sobre los criterios de demarcación da un buen ejemplo de la aplicación de la filosofía de la ciencia para casos relevantes en el orden social. Entendería que si la ciencia es un discurso cuya *pretensión es la verdad*, la filosofía de la ciencia intenta dar cuenta de ello y dilucidar las diferencias con aquellas respuestas que no cumplen criterios mínimos de científicidad.

Se hace también un recuento de las principales características de la ciencia, como su apertura, sistematicidad, racionalidad, metodología. Todos estos elementos guardan una

estrecha relación entre sí y dan coherencia al conjunto de la ciencia como unidad. El conocimiento científico no puede ser solo descriptivo, sino explicativo. La descripción es apenas una parte de la problematización – toda explicación empieza por problematizar una pregunta y dar respuestas posibles, como recalcan Popper o van Fraassen -, pero la explicación implica dar sentido a los fenómenos del mundo a través de teorías científicas que solo lo son después de que como respuestas hipotéticas han pasado por un proceso de corroboración, por ello, Hempel sostiene el postulado de la cualidad simétrica explicativa-predictiva de las teorías científicas. En la concepción heredada, se hace un recuento de las características de la explicación de las leyes científicas a través del llamado modelo nomológico deductivo y las diferentes alternativas más bien reconstructivas o inductivas a éste, como la propuesta de relevancia estadística de Wesley Salmon, la explicación de las teorías semánticas de las teorías entendidas como modelos o la unificación de la explicación en ciencia. En todos los casos, la explicación entendida desde estos enfoques no se corresponde con los postulados jurídicos que tienen un carácter más prescriptivo que explicativo en el sentido científico y, en ningún caso, son predictivas.

En cuanto a la racionalidad científica, ésta se enmarca en la apertura, sistematicidad, pero sobre todo en la particularidad del método científico como pathos práctico-instrumental de dar la mejor respuesta posible a las preguntas relevantes de la ciencia. Si bien, en la tesis de la incomensurabilidad de Feyerabend o el relativismo posmoderno, se desconoce tal racionalidad en el método, en este trabajo, se adopta una postura que tiende a remarcar la pluralidad del método, pero que se unifica en la propia racionalidad de la ciencia. En el caso del derecho, como se dijo en la primera parte, su racionalidad es ético-práctica, lo que permite entender al derecho como una tecnología normativa cuya función no es explicativa-predictiva.

Al igual que el derecho, la ciencia también tiene una especialización determinada de acuerdo a su objeto de estudio; pero en esta especialización, que puede contemplar, dentro de las ciencias fácticas a las ciencias sociales, no se incluye al derecho.

En cuanto al problema de la normatividad jurídica y científica, empieza por exponerse el carácter esencialmente normativo del derecho, que, en el caso de la ciencia, no se establece en las teorías o leyes científicas – es decir en el corpus mismo de la ciencia -, sino en la normatividad del método como fundamento de racionalidad, entendido como el mejor camino a seguir para la consecución de los fines establecidos de antemano. Esta normatividad de tipo instrumental difiere en esencia de la normatividad ética y deontológica del derecho como forma de regular la conducta humana bajo criterios de la mejor sociedad deseable, pero no en cuanto a los criterios de “verdad” o mejor explicación posible. Lo que se recalca es la diferencia sustancial entre la legalidad científica y jurídica como fundamento de la normatividad. Si bien, la legalidad del nomos se extiende luego a la legalidad de la physis, y ambas concuerdan, en sus orígenes, en cierta pretensión de universalidad, esto no implica que tengan naturaleza similar. La misma convencionalidad legal del derecho no permite hablar de tal universalidad. Si bien, Poincaré ve a las leyes y teorías científicas como formas convencionales de explicación del mundo, reconoce, bajo un criterio de verdad, que los hechos de los cuales trata no son convencionales, sino que existen independientemente de los humanos (como fundamento ontológico de la realidad circundante y exógena) y que de este tipo de universalidad tratan tales convenciones. Al no tratar de hechos, sino de prescribir hechos potenciales – en base a clases de hechos similares existentes – no se puede hablar de universalidad. También se adopta, al respecto, una postura crítica a la metafísica implícita en

los postulados del iusnaturalismo, en el que la convención adopta formas de expresión de la propia “esencia” humana.

Las generalizaciones científicas, que pueden ser analíticas, legales, factuales o epistémicas, son tipos de generalizaciones nómicas no vacuas. Las generalizaciones jurídicas no son factuales pero buscan incidir en hechos, contienen elementos epistémicos y éticos claros, pero no contienen vinculaciones nómicas similares y no son analíticas, sino que son el resultado, ya práctico, de consideraciones analíticas.

Por último, se reconoce el carácter utilitario práctico de las ficciones tanto para la ciencia como para el derecho. Las ficciones jurídicas tienen por objeto mejorar la aplicación normativa bajo criterios de simplificación o extensión a posibles casos. También se reconoce que este tipo de ficciones útiles son el fundamento de todo un sistema normativo, como el caso de la Grundnorm, pero su raíz es diferente. El carácter ficcional de la ciencia, expresado a través de modelos, uso de metáforas, cláusulas *ceteris paribus*, etc. tiene una intención meramente explicativa, su función es simplificar una realidad compleja a modelos explicativos que mediante abstracciones – eliminación de factores irrelevantes para la explicación – o idealizaciones – “deformación” intencionada de la realidad con fines explicativos-prácticos – cobran una importancia decisiva para la constitución de las teorías científicas modernas.



Conclusiones

El objetivo general de este trabajo fue dilucidar el estatuto epistémico del derecho y hacer un análisis crítico a la postura que considera al derecho como una ciencia, ya sea como una ciencia autónoma o vinculada a las ciencias humanas o sociales. De acuerdo a lo expuesto, las conclusiones son:

1. La condición normativa del derecho en el sentido de “orden” social deseable es su principal conexión con la política. El derecho es una forma particular de la política, comparten este sentido normativo y su carácter contingente.

Se recalca la afirmación de Sheldon Wolin (2012), quien llama al orden una especie de “ontología” de la política. Esta aseveración permite conectar al derecho como orden – normativo-jurídico (Bobbio, 1992; Atienza, 2001), social (Marx, 1846/1975; Azevedo, 1997) o como un orden concreto (Schmitt, 1934/1996; García Máynez, 2002) – con la política. Si bien, esta conexión puede parecer obvia, quisiera recalcar que existen importantes corrientes jurídicas que durante el siglo XX han buscado separar al derecho de la política, precisamente requiriendo cierta autonomía del derecho como disciplina, como el caso de la pretensión kelseniana de “pureza”.

En este sentido de diferenciar o incluso separar al derecho de la política, se asume a esta disciplina como una especie de práctica técnica neutral (Bourdieu, 1986). Así, se presenta al derecho como una técnica neutra, cuyos conocimientos son privativos de peritos (la comunidad de expertos o científicos como afirma Bernasconi), lejos de las circunstancias y de los avatares políticos.

Pero, a lo largo de la historia, desde sus propios orígenes se ha recalcado su condición normativa y por ende política. Desde sus inicios, en aquella distinción entre *physis* y *nomos*, se establecen las bases de ciertas diferencias sustanciales entre saberes contingentes y necesarios, entre el deber ser y el ser. Como se ha visto, desde Aristóteles, el derecho no está desvinculado de lo contingente, pues el saber de la prudencia, de la *phronesis*, se distingue de aquel saber de la *episteme*. Esta primera división primigenia que relaciona *physis* y *episteme*, con *nomos* y *phronesis*, asienta las bases más importantes para entender una primera distinción radical entre el conocimiento científico y el conocimiento jurídico y recorre la tradición del pensamiento jurídico desde Aristóteles hasta la escolástica medieval (Ruiz Miguel, 2002).

2. El derecho se desenvuelve en el ámbito de la *phronesis* y esto lo diferencia de la *episteme* y es el fundamento de su carácter práctico.

Como aquí se ha recalcado, la *phronesis* aporta elementos importantes de la simple división entre *physis* y *nomos*, entre leyes de la naturaleza y convención legal, pues sitúa la posición más allá de la naturaleza epistémica de cada uno de estos órdenes y pone la discusión en el plano de la justicia y de la propia ontología humana. La racionalidad sustantiva se convierte en fundamento de la razón práctica, en el que se funde lo necesario y contingente en la voluntad humana, en su capacidad de deliberación y en las acciones consecuentes con respecto a la normatividad, cuyo fundamento es la propia racionalidad (necesaria), pero que se mueve dentro del campo de lo posible (pues los humanos podemos actuar de diferente manera). Por ello, desde Aristóteles el saber jurídico se convierte en una convención. Sin embargo, en este trabajo, se afirma que el tipo de convención jurídica no puede analizarse en los parámetros de la filosofía analítica de Lewis, pues su complejidad excede la reducción de los ejemplos de convención dadas por este autor.

Pero otra cuestión sumamente importante se desprende de esto, y está relacionada con el carácter necesariamente práctico del saber jurídico. Esto se recalca como una de las diferencias centrales en lo que respecta a la ciencia y al derecho. Aunque se reconozca que el conocimiento humano tiende a buscar un carácter práctico-aplicado o incidir en nuestra relación con el entorno; en el caso de la ciencia, el fundamento eminentemente teórico de la misma, hace que tal carácter práctico no sea fundamentalmente necesario aunque sí deseable. Incluso, en el caso de que ambos campos, científico y jurídico, compartan tal carácter necesario, se debe entender que el principio normativo en el jurídico no puede desprenderse del ideal de justicia y del carácter deóntico, por lo que el valor práctico del derecho se fundamenta en un tipo particular de razón práctica que lleva una tradición que va de Aristóteles a Kant, y que ha sido recogido por importantes teóricos y filósofos del derecho moderno, como Alexy, Dworkin, Atienza, entre otros. Este carácter práctico moral, relacionado a la razón y a un ideal de justicia, a un deber ser, es lo que define, en breves palabras, a la normatividad jurídica.

Sin embargo, aunque tal condición práctica moral ha construido la naturaleza misma del derecho, con el cambio progresivo de la sociedad y en el intento de crear una normatividad cada vez más acorde a las sociedades complejas, el derecho se va *tecnificando*. En este trabajo se reconoce a los conceptos jurídicos como un lenguaje natural tecnificado (Atienza, 2001). El carácter técnico del derecho, sobre todo está vinculado a que existe como un complejo sistema de principios, conceptos, preceptos y sanciones que se manejan como una técnica específica, convirtiendo al derecho en una *tecno-praxis* (Atienza, 2014). La cualidad práctica del derecho le es consustancial, no tiene ningún asidero hablar de una ciencia jurídica sin una práctica determinada, esto no es posible, pues el derecho solo tiene validez y existe si tiene vigencia y puede ser practicado de forma legítima (por las instituciones de las cuales emana).

Esto nos lleva a entender que la cualidad teórica y sistematización del derecho es posterior a la existencia de cuerpos normativos que surgieron con las primeros Estados y que son un antecedente del actual derecho, lo que nos ayuda a recalcar que podemos distinguir entre lo que se denomina “ciencia del derecho” y el derecho como un conjunto de normas con un carácter práctico.

3. Si bien, se hace un recuento histórico del surgimiento del derecho moderno y de la presunción de científicidad, debemos reconocer que la disputa por la científicidad del mismo se inscribe en los tiempos modernos y que tienen un momento histórico determinado en

Alemania, en el siglo XVIII, en la cual también surge la *Rechtsdogmatik* (Larenz, 1994; Vega, 2000b; Nino, 2014).

El contexto histórico en el que surge la denominada ciencia del derecho, al menos, vincularía los siguientes aspectos: (1) el surgimiento del Estado moderno y de una institucionalidad determinada que legitima el derecho desde su fuente y que se relaciona de manera estrecha con las teorías contractualistas de la filosofía política; (2) la separación de la filosofía natural con la metafísica y la filosofía de índole más especulativa, que sentará las bases para la posterior filosofía positiva en la que se verá un pensamiento que busca la cientificidad de los distintos saberes surgidos en lo que se denominarían “ciencias especiales” y otras disciplinas; (3) la discusión en Alemania por comprender al derecho entre la tradición de origen romano y la necesidad de pensar las problemáticas jurídicas modernas; (4) el antecedente de dos tipos de tradiciones para pensar este tema: el *common law* y el derecho continental de tipo positivo.

En este trabajo, se subraya la necesidad histórica y política de erigir al derecho como una ciencia autónoma, no solo por tener una postura acorde a los tiempos en los que surgió esta discusión, sino también para resolver un enorme problema de la legitimidad del derecho. En el punto en el que los saberes buscan su objetividad, las teorías contractualistas, relacionadas al iusnaturalismo (Kant) o a un naturalismo baconiano (Hobbes), podrían parecer insuficientes para asentar la legitimidad del derecho.

Si bien el iusnaturalismo moderno busca ya separarse de la legitimidad de lo divino, sigue teniendo un viso metafísico, lo que comporta un enorme problema en cuanto a la legitimidad. Si se podría dudar de la legitimidad del derecho por su fuente o por su convencionalidad, la ciencia podría ser un arma poderosa para otorgar legitimidad a un saber de este tipo. La pretendida neutralidad del derecho se puede empatar con la comprensión de la ciencia como objetiva (neutral).

4. Se entiende a la *Rechtsdogmatik* como el fundamento de tal cientificidad, pues es la que aporta los contenidos teóricos de la aplicación técnica jurídica, pero no existe ningún fundamento epistémico para pensar que en la dogmática radica tal cientificidad.

Precisamente, en este contexto, se desarrollaron los principales debates sobre el estatuto epistémico de esta materia. Desde el siglo XVIII se vio a la *Rechtsdogmatik* como la ciencia del derecho, que abarca una sistematización de principios y teorías que comprenden al quehacer jurídico. Si bien, se reconocen tres sentidos del entendimiento de la dogmática (Alexy, 1997; Núñez Vaquero, 2014), el más importante para los objetos del trabajo es la comprensión de la dogmática como la ciencia que estudia al derecho como corpus normativo, un saber de segundo orden, es decir, un discurso teórico y de sistematización sobre el discurso jurídico.

Siguiendo los postulados de Alexy (1997), la dogmática tiene una función múltiple de comprensión, sistematización, racionalización, práctica, etc. expresados en los seis preceptos presentados en el acápite respectivo. Sin embargo, tales condiciones no son razones suficientes para ver a la dogmática como fundamento científico del derecho. En este trabajo se exponen las causas y confusiones en las que cae Alexy, como la hipótesis de que la función de estabilidad supone un progreso en el acervo de conocimientos sobre el derecho, asumiendo tal carácter en la ciencia y desconociendo los debates al respecto. Por ejemplo, Kuhn (1970) reconoce que la ciencia puede ser progresiva, pero en un sentido específico en lo que se llama

“ciencia normal” y que la propia ruptura que lleva a las revoluciones es una característica propia del desarrollo científico, precisamente por la imposibilidad de la solución de problemas dentro de los paradigmas.

Una de las objeciones más importantes a la supuesta científicidad del derecho emana del propio carácter de la dogmática, entendida como precepto y que supone un conjunto teórico de orden valorativo que busca fundamentar al derecho como práctica y establecer su “fuerza obligatoria” (Nino, 2014). La dogmática se diferencia del conocimiento y nos lleva a la opinión de lo es moralmente bueno (Vega, 2009). De forma patente, la función de la dogmática es la fundamentación filosófica y deóntica de la normatividad de la propia práctica jurídica. Pensar en que la científicidad del derecho radica en la sistematización de teorías, principios y preceptos es reconocer apenas una parte de lo que es la ciencia.

Quisiera recalcar que una teoría del derecho que dé cuenta de las propias normas jurídicas, apenas puede alcanzar un estatus descriptivo, es decir, decirnos las particularidades de cada conjunto de normas, quizá incluso comparar con la existencia de otras de diferente tipo, pero no tiene ninguna función explicativa (condición necesaria de las teorías de acuerdo a Hempel, Salmon o Friedman) o apenas podría alcanzar explicaciones obvias, meras constataciones. Por ejemplo, la explicación de la existencia de un conjunto de normas puede agotarse en su propia convencionalidad, es decir, en la adopción de éstas para solucionar problemas de coordinación. Este es un punto importante resaltado a lo largo de este trabajo para separar al derecho de la ciencia.

5. El derecho es una *praxis* social tecnificada y compleja y este es el fundamento de su racionalidad y allí radica la diferencia con la ciencia, su racionalidad y su normatividad.

En este trabajo, se define al derecho o como normatividad (*law*) como conjunto de prácticas (*rights*), de acuerdo a la consideración del derecho como tecno-praxis. Por principio, ambas concepciones son inseparables, por lo que no puede haber una diferencia marcada entre saber teórico y práctico por lo ya expuesto.

Una definición de derecho ensayada en este trabajo es un conjunto normativo encaminado a la organización social de la cual es producto, convirtiéndose en un conjunto sistemático y racional-práctico, cobrando así, como disciplina teórica y práctica, una autonomía propia. Como conjunto normativo, su objeto es influir en la conducta humana, por la que lo antecede y no existe fuera de la conciencia humana. Su legitimidad normativa se basa en la fuente de la cual emana, que en las sociedades modernas, se relaciona al Estado.

Esta definición de derecho toma un compromiso con la convencionalidad del derecho y además empata con el iuspositivismo en que la legitimidad del corpus normativo está en el monopolio de la fuerza del Estado. El cuerpo normativo y los principios de los cuales antecede guardan coherencia y un carácter sistemático, y su racionalidad está encaminada hacia la razón práctica, es decir, una posición de acción frente al mundo.

En cambio, saltando los escollos de las definiciones, por ciencia se entiende a una forma particular de producción de conocimiento sobre cierto tipo de sucesos, fenómenos, acaecimientos u objetos que se presentan en el mundo. Este discurso es nómico (Poincaré, 1914; Hempel, 1996; Díez Moulines, 1997), es decir, que las teorías que componen el corpus científico están compuestos por leyes y conceptos que describen y explican el mundo, pero cuyo carácter explicativo, se ve, en términos normativos, como necesariamente predictivo

(Nagel, 1979; Hempel, 1996), aunque existen otras posturas que niegan el carácter simétrico de la relación explicación-predicción (Salmon, 1984). En cualquier caso, la explicación científica expresada en los conceptos, leyes y teorías, se hace sobre fenómenos tipo, es decir un tipo de sucesos cuyas características nucleares son extensivas y no se limitan a la particularidad (Poincaré, 1914; Díez y Moulines, 1997), pues, de otra forma, serían meras descripciones o constataciones vacuas o irrelevantes para la ciencia.

Además, en el caso de las llamadas ciencias empíricas, éstas deben tratar no solo de fenómenos susceptibles de tener explicaciones nómicas, sino que deben explicarse a través de juicios sintéticos (Nagel, 1979). Tales proposiciones explicativas son hipotéticas y, al ser sintéticas, deben ser susceptibles de entenderse en términos de adecuación o correspondencia con las partes o sucesos del mundo que pretenden describir. Estas proposiciones pueden ser verificadas o confirmadas (Carnap, 1932; 1936), falsadas o corroboradas (Popper, 1934/1980) o sus componentes deben ser susceptibles de estudiarse de forma empírica (Bunge, 1983; 1998).

Por ello, si bien la ciencia es descriptiva, es también explicativa. La ciencia es racional con respecto a su apertura a la refutación de los postulados teóricos (Popper, 1934/1980); y su racionalidad, sobre todo, se muestra en el método científico, pues la ciencia propone los mejores métodos que disponemos para aprehender el mundo (Bunge, 1983) de forma nómica. En cambio, el método jurídico no es un método particular, sino una aplicación específica de la lógica. Por un lado, Frege entiende a la lógica como una ciencia normativa general y extensiva a los humanos (una especie de condición natural), mientras Carnap, la entiende como una normatividad más contextual, reconociendo cierta pluralidad de principios lógicos; pero, en todo caso, tales principios, presentados como axiomas, son herramientas que se usan en cualquier orden de la vida. No existen métodos particulares de una “lógica jurídica”, como se pretende con el llamado silogismo jurídico, por ejemplo, pues se confunde los contenidos semánticos con las estructuras sintácticas, esto quiere decir que la lógica jurídica es la misma lógica de primer orden aplicada al campo del derecho, pero no tiene ninguna particularidad más. Aseverar que el derecho es una ciencia porque existe un método lógico jurídico (como el silogismo o la lógica modal), sería asumir que uno actúa de “forma científica” cuando decide llegar de un punto tomando un camino recto. El postulado de un “método jurídico” confunde la estructura con los contenidos.

También he referido a que si se entiende al método científico como una forma de “buenas prácticas”, en un sentido de razón instrumental – los mejores medios para conseguir determinados fines – y que allí puede radicar su normatividad, tal normatividad en el mismo sentido instrumental puede aplicarse no solo al derecho, sino a cualquier ámbito de la vida humana. Sin embargo, la normatividad científica es esto y “algo más”, y se relaciona a la existencia de un método científico, que si bien parte del sentido común, toma en cuenta un sinnúmero de reglas, no siempre intuitivas para lograr las mejores explicaciones. El uso adecuado de reglas probabilistas o en el caso de la observación son buenos ejemplos de ello.

En este trabajo, como diferencia sustancial entre ciencia y derecho, se recalca que la racionalidad jurídica siempre es práctica (Vega, 2000a; Atienza, 2014), lo que implica que su condición de saber aplicado no se puede desvincular del saber teórico. Por el contrario, en la racionalidad científica, la aplicación técnica se deriva de la construcción teórica, pero son dos momentos diferentes que se complementan; la teoría puede existir sin técnica (e incluso la técnica puede ser producto de ensayo y error y no de una aplicación concreta de una teoría).

Ciencia y técnica son conceptos conjugados en el sentido que le da Gustavo Bueno (1978), son pares conjugados reducidos a la práctica, pues todo conocimiento parte de una práctica, sobre todo para el caso del derecho. En la ciencia, ya entendida a un nivel teórico, si bien se parte de una práctica concreta (presunción materialista), la existencia de teorías pueden alcanzar luego una autonomía, es decir, existir sin necesidad de una aplicabilidad posterior. En el derecho, la fundamentación de tecno-praxis, no permite pensar una teoría sin práctica, sencillamente, porque el derecho tiene un campo de acción necesario, es decir, aplicabilidad.

6. Siguiendo los criterios de demarcación de la ciencia, el derecho no puede entenderse como una, su función no es explicativa, predictiva; no trata hechos, prescribe conductas.

Para hacer una distinción entre la ciencia y otro tipo de conocimientos, se han establecido criterios de demarcación, es decir, elementos mínimos de análisis que las teorías deben cumplir para tener un estatuto científico (Hansson, 2015), que conllevan análisis lógicos-sintácticos, semánticos, de adecuación, metodológicos o sistemáticos.

A pesar de que ha existido una amplia discusión sobre los criterios de demarcación, se puede ver que subsiste cierto consenso acerca de la imposibilidad de verificación completa de las teorías, una aceptación generalizada de la falsación popperiana, de la necesidad de apertura como fundamento de una racionalidad y una ética científicas, criterios de adecuación y leyes de correspondencia, etc.

Aunque también existen fuertes críticas a la posibilidad de tener criterios demarcatorios (Feyerabend, 1984; Laudan, 1982; Latour, 1987), y se acepta la enorme dificultad de reducir a términos lógicos finales y completos el análisis de las teorías científicas, el éxito predictivo y la aplicabilidad da cuenta de que existe (Comesaña, 2011), al menos de forma indicativa, un tipo de conocimiento denominado como científico, el cual cumple funciones particulares y que tiene criterios ajenos a otros campos.

Aplicando tales criterios básicos de demarcación al caso del derecho, en este trabajo se concluye que la mayoría de criterios no se adecúan al objeto de estudio del derecho, por el sencillo hecho de que no se trata de una ciencia empírica y que sus postulados son de carácter deóntico normativo, no susceptibles de comprobación (Moore, 1903; Stevenson, 1937) y siempre de índole ética valorativa, que pueden tener significación si no se usa el sentido de significado referido a la verdad de los juicios sintéticos como en Carnap (1932); Tarski (1944) o Nagel (1979).

Aunque el derecho no es susceptible de convertirse en una ciencia empírica, y, en cuanto ciencia normativa es una *ciencia de su propia ciencia*, por lo que da apenas descripciones o explicaciones vacuas, no tratamos con una pseudociencia. Más que nada, éste término se aplica a la ciencia empírica falsa (Hansson, 2015) cuyo objetivo es incidir de forma espuria en la conducta humana (Bunge, 1998).

7. El derecho no es una pseudociencia, porque no es empírica, porque su práctica es obligatoria y porque es una forma particular de búsqueda de la verdad (Vega, 2000a; Taruffo, 2008). Sin embargo, las verdades jurídicas son de índole diferente a las científicas. La verdad en la ciencia se refiere a la adecuación sintética entre postulados y *hechos* o fenómenos, como lo ejemplifican Carnap (1932), Tarski (1944), Nagel (1979), Bunge (1983) o Chalmers (2000). Y la verdad de las proposiciones contenidas en las teorías se refiere a fenómenos tipo,

pues no pueden ser vacuos, es decir, referirse a un acaecimiento único (Díez y Moulines, 1997). Aunque, por un afán de justicia, se puede aceptar que la verdad es consustancial al derecho como práctica (y por ende a su nivel teórico), hablamos de verdades particulares, como propio principio jurídico de juzgar, por una sola vez, la imputabilidad de un suceso único.

En definitiva, este trabajo concluye que el derecho, al igual que la ciencia, tiene una racionalidad, sistematicidad, metodología y coherencia, pero cada campo con sus propias especificidades. Incluso si compartieran estas características, éstas tampoco son condiciones suficientes para reconocer al derecho como ciencia, por el sencillo hecho de que este saber práctico tiene un objeto diferente al objetivo epistémico de la ciencia.

A pesar de la postura de Kirchmann (1848/2015) o Ross (1994; 2008), el derecho no puede ser una ciencia empírica, pues sus postulados no son susceptibles de comprobación. Tampoco puede ser una ciencia normativa autónoma y apolítica, como lo buscó Kelsen (1934), pues al ser una convención cuyo objetivo es dirigir o sancionar conductas, la política le es consustancial, no solo en el arbitrio primigenio de la *Grundnorm*, sino en todo ámbito de su propia reproducción concreta. Tampoco puede ser una ciencia normativa, pues esta propuesta no cumple ningún criterio de científicidad y menos aún una ciencia formal, pues tal formalidad llega apenas a la aplicación – como en cualquier otro campo de cognoscibilidad humana – de reglas lógicas mínimas.

8. El derecho tampoco es una ciencia humana o social, pues su objeto no es estudiar a la sociedad, sino incidir en ella. Al respecto, la posición de Weber (1904-2009) de diferenciar una ciencia teórica de una técnica normativa (aplicada a la economía, por ejemplo), ejemplifica fácilmente el asunto en cuestión. El argumento de que es una ciencia social porque usa conocimientos de economía, sociología, antropología, etc. es confundir cuestiones básicas del uso de teorías en técnicas como condición de científicidad. Tampoco es una ciencia social porque su objeto no podría ser el estudio social, porque tal como dice Ross, hablaríamos de sociología del derecho.

Por ello, el fundamento mismo del estatuto epistémico del derecho estaría en su racionalidad, en su comprensión como una praxis de una compleja sistematización y alta sofisticación cuyo objeto siempre es ético-práctico. En definitiva, hablamos de una técnica social compleja. Por último, quiero recalcar que esta pretensión forzada de científicidad parte de un sesgo radical que desconoce la importancia de otros saberes lejos de la ciencia, lo cual es más propio del cientificismo decimonónico que del espíritu crítico propio de la mejor ciencia y de la mejor filosofía de la ciencia.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía clásica

AGUSTÍN de Hipona. *Confesiones*. Quito: Librería Espiritual (1957) [*Confessiones*].

_____. *Ciudad de Dios*. (s/a) [*De civitate Dei contra paganos*]
<http://www.augustinus.it/spagnolo/cdd/index2.htm>

Anónimo. *Carta a Diogneto*. (s/a) [*Epistula ad Diognetum*]
<file:///C:/Users/User/Downloads/604281642.carta%20a%20diogneto.pdf>

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madrid: Espasa – Calpe. (1990) [*Metaphysica*]

_____. *Organon: Tratado de Lógica*. Madrid: Gredos. (2008) [*Ὀργανον*]

_____. *Acerca del alma*. Madrid: Gredos. (2010)

_____. *Ética Nicomáquea*. México: Grupo Editorial Tomo. (2014) [*Ethica Nichomachea* - Ηθικὰ Νικομάχεια]

_____. *Física*. Quito: Ed. JG. (2014) [*Φυσικῆς Ακροάσεως*]

BACON Francis (1620/2003). *Novum organum scientiarum*. Buenos Aires: Losada. [*Novum Organum scientiarum*, 1620]

CICERÓN Marco Tulio. *De legibus*.
[http://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](http://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf)

COMTE Auguste (1830/2004). *Curso de filosofía positiva*. Buenos Aires: Andrómeda. [*Cours de philosophie positive*. Paris, 1830/1842]

DILTHEY Wilhelm (1883/1996). *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente. [*Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1883]

DURKHEIM Émile (1895/2001). *Las reglas del método sociológico*. México: FCE. [*Les règles de Méthode Sociologique*, Paris, 1895]

GROCIO Hugo (1625/1925). *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Editorial Reus. [*De iure belli ac pacis*. Paris, 1625]

HEGEL G. F. W. (1807/1966). *Fenomenología del espíritu*. México: FCE. [*Systems der Wissenschaft, Phänomenologie des Geistes*, 1807]

_____. (1821/1968). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad. [*Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin, 1821]

_____. (1806/2009). *Introducción a la historia de la filosofía*. Buenos Aires: Gradífico. [*Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, 1806]

HERÁCLITO (s/a). *Fragmentos*.
http://www.cervantesvirtual.com/bib/extras_autor/00002616/hipertextos/dinamico2/seccion_4_heraclito.htm

HESÍODO. *Teogonía*. Quito: JG Editor. (2009) [*Θεογονία*]

HOBBS Thomas (1651/2002). *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza. [*Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651]

HUME David (1748/1994). *Investigación sobre el entendimiento humano*. Barcelona: Atalaya. [*An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748]

IHERING von Rudolf (1872/2003). *La lucha por el derecho*. [Der Kampf ums Recht. Viena, 1872]

_____ (1877/2006). *El fin del derecho*. Bogotá: Axel. [Der Zweck im Recht, 1877/1883]

KANT Immanuel (1781/1928). *Crítica de la razón pura*. Madrid: V. Suárez. [Kritik der reinen Vernunft. Riga, 1781]

_____ (1790/1989). *Crítica del juicio*. Madrid: Espasa. [Kritik der Urteilskraft. Riga, 1790]

_____ (1788/2013). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Alianza. [Kritik der praktischen Vernunft. Riga, 1788]

_____ (1797/2008). *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos. [Die Metaphysik der Sitten, 1797]

_____ (1785/2013). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa. [Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785]

KIRCHMANN von J. (1848/2015). *La jurisprudencia no es ciencia: el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*. Instituto Pacífico. [Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft, 1848]

LOCKE John (1689/2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos. [Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown. The Latter Is an Essay Concerning The True Original, Extent, and End of Civil Government. Londres, 1660/1689]

MARX K. – ENGELS F. (1846/1975). *La Ideología alemana*. Montevideo: Ed. Pueblos Unidos. [Die deutsche Ideologie, 1846/1932]

MONTESQUIEU (1748/1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Victoriano Suárez. [De l'esprit de loi. Paris, 1748]

NIETZSCHE Friedrich. *Sobre la verdad y mentira en el sentido extramoral*.

<http://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>

OCKHAM William (1847/1994). *Summa logicae*. Barcelona: Norma. [Summa logicae. Paris, 1487]

PLATÓN. *Obras completas de Platón*. Madrid: Medina y Navarro Editores. (1871)

ROUSSEAU Jean-Jacques (1762/1987). *El Contrato Social*. Madrid: Alba. [Du Contrat Social ou Principes du droit politique, 1762]

SAVIGNY von Friedrich Karl (1979). *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma.

TERENCIO (s/a). *Heautontimorumenos*.

http://www.juan23.edu.ar/delcol/pdf/terencio_heautontimorumenos.pdf

TOCQUEVILLE Alexis (1835/2007). *La democracia en América*. Madrid: Akal. [De la démocratie en Amérique, 1835/1840]

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. [Summa Theologiae]

<http://hig.com.ar/sumat/>

Bibliografía

- ABELLÁN Joaquín (2009). “Estudio Preliminar”. En: M. Weber. *La “objetividad” del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Madrid: Alianza.
- ADORNO T. – HORKHEIMER M. (1998). *La dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta. [Dialektik der Aufklärung. Frankfurt, 1944]
- ALCHOURRÓN C. – BULYGIN E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea. [Normative Systems. Vienna, Springer, 1971]
- ALEXY Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. [Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp, 1978]
- ALLER Germán (2009). *Dogmática de la acción penal y praxis penal*. Buenos Aires: BdF.
- ÁLVAREZ Juan Ramón (1994). “Dos modelos de explicación científica: inferencias y reconstrucciones”. *Contextos* XII/23-24, pp. 287 – 311.
- ANDERSEN Hanne – HEPBURN Brian (2016). “Scientific Method”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).
- AMENGUAL Gabriel (1988). “La Filosofía del Derecho de Hegel como filosofía de la libertad”. *Taula* 10, pp. 91 – 122.
- ARAUJO GRANDA Paulina (2010). *El derecho como ciencia: manual de metodología y técnicas de investigación jurídica*. Quito: CEP.
- ARENAS-DOLZ Francisco (2003). Racionalidad científica, racionalidad poética: de Popper a Aristóteles. En: López Arnal et al. (coord.) *Popper-Kuhn: ecos de un debate*. Montesinos Editor.
- ARENDT Hannah (1997). *¿Qué es la política?* Madrid: Paidós. [Was ist Politik? Munich, R. Piper GmbH & Co. KG, 1993]
- _____ (2002). *Les origines du totalitarisme. Eichman à Jerusalem*. Paris: Gallimard. [The Origins of Totalitarianism. Nueva York, Schocken Books, 1951]
- ATIENZA Manuel (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- _____ (2005). *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____ (2014). “La dogmática jurídica como tecno – praxis”. Blog de Atienza. <http://lamiradadepeitho.blogspot.fr/2014/02/examino-en-este-trabajo-escrito-en.html>
- ATIENZA M. – RUIZ MANERO J. (2004). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- AUBENQUE Pierre (1999). *La prudencia en Aristóteles*. Barcelona: Grijalbo. [La prudence chez Aristote. Paris, PUF, 1963]
- AYALA Francisco (2009). *Darwin y el diseño inteligente*. Bilbao: Mensajero.
- AZCÁRATE de Patricio (1871). Notas y prólogo, en *Obras completas de Platón*. Madrid: Medina y Navarro Editores.

- AZEVEDO de Luiz Carlos (1997). "História do direito. Ciencia e disciplina". *Revistas USP*, pp. 31 – 49.
- BAILER-JONES Daniela (2003). "When Scientific Models Represent". *International Studies in the Philosophy of Science* 17, pp. 59–74.
- BARBIERI Javier (2011). "Physis frente a Nomos: el eterno retorno". *Dikaion*, Año 25 Vol. 20, pp. 71 – 82.
- BAUMAN Zygmunt (2010). *Libertad*. Buenos Aires: Losada. [*Freedom*. Philadelphia, Open University Press, 1988]
- BELLOSO MARTÍN Nuria (2011). "Temas de filosofía del derecho". Universidad de Burgos.
- BERNASCONI RAMÍREZ A. (2007). "El carácter científico de la dogmática jurídica". *Revista de Derecho* Vol. XX 1, pp. 9 – 37.
- BLACK Max (1966). *Modelos y metáforas*. Madrid: Tecnos. [*Models and Metaphors*. Studies in Language and Philosophy. Ithaca, Cornell University Press, 1962]
- BOBBIO Norberto (1992). *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate. [*Studi sulla teoría generale di diritto*. Torino, 1955]
- _____ (1997). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontanamara. [*Il positivismo giuridico*. Torino, 1961]
- BONILLA URVINA Marcelo (2009). "Pluralismo jurídico en el Ecuador". En: *Hacia sistemas jurídicos plurales*. Bogotá: KAS.
- BOURDIEU Pierre (1976). 'Le champ scientifique'. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 2, pp. 88 – 104.
- _____ (1982). *Ce que parler veut dire*. Paris : Fayard.
- _____ (1986). "La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique". *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, pp. 3 – 19.
- _____ (2000). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- BRENNAN James (1999). *Historia y sistemas de psicología*. México : Patience Hall. [*History and Systems in Psychology*. Chicago, Loyola University Press, 1998]
- BRUNET Pierre (2014). "Introduction: le Réalisme Scandinave, une épistémologie". *Revus* 24 (Online).
- BUENO Gustavo (1978). "Conceptos conjugados". *El Basilisco* 1. Oviedo.
- _____ (1992). *Teoría del cierre categorial*. Tomo 1. Oviedo: Pentalfa.
- _____ (1995). *¿Qué es la ciencia?* Oviedo: Pentalfa.
- BUNGE Mario (1983). *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.
- _____ (1998). *Philosophy of Science: From Problem to Theory* Vol. 1. New Brunswick: Transaction Publishers.
- _____ (1999). *La ciencia, su método y filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana.
- CAAMAÑO-ALEGRE María (2001). "On the distinction between incommensurability and inconsistency". *Logica Trianguli* 5, pp. 3-18.
- _____ (2013). "Pragmatic norms in science: making them explicit". *Synthese* 190, pp. 3227-3246.

CABANELLAS Guillermo (1992). *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L

CALSAMIGLIA Albert (1978). *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.

CÁRDENAS GARCÍA Jaime (2011). "Las formas de la argumentación jurídica".

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/14.pdf>

CARNAP Rudolf (1932/1993). La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje. En: Alfred Ayer (comp.), *El positivismo lógico*. México: FCE, pp. 66-87. ["Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache". *Erkenntnis*, Vol. 11. 1932]

_____ (1936). "Testability and Meaning". *Philosophy of Science*, Vol. 3 N 4, pp. 419-471.

_____ (1958). *Introduction to Symbolic Logic and its Applications*. New York: Dover.

CARRILLO DE LA ROSA Y. – CARRILLO A. (2012). "La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo". *Saber, Ciencia y Libertad*, pp. 89 – 103.

CARROLL John W. (2016) "Laws of Nature". The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.)

CARTWRIGHT Nancy (1983). *How the Laws of Physics Lie*. Oxford Press.

CASSIRER Ernst (1947). *El mito del Estado*. México: FCE. [*The Myth of State*, 1946]

COHEN Bernard (2000). Las ciencias naturales y las ciencias sociales. En: *Cinc segles et un dia*, Universidad de Valencia.

COING Helmut (1982). "Historia del derecho y dogmática jurídica". *Revista chilena de derecho* Vol. 9, pp. 245-257.

COLOMBANI María Cecilia (2010). "Mismidad y Otredad en Hesíodo: de Teogonía a Trabajos y días. En torno a la noción de Kosmos". *Phoînix* 16-2, pp. 25 – 40.

COMESAÑA Manuel (2011). En qué sentido es racional la ciencia. En: A. R. Pérez Ronsanz y A. Velasco (coord.) *Racionalidad en ciencia y tecnología: nuevas perspectivas latinoamericanas*. México: UNAM.

COMTE Auguste (2004). *Curso de filosofía positiva*. Buenos Aires: Andrómeda. [*Cours de philosophie positive*. Paris, 1830/1842]

CORTINA Adela – MARTÍNEZ N. Emilio (2001). *Ética*. Madrid: Akal.

CRUZ RUEDA Elisa (2009). "Cultura nacional y pueblos indígenas". <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Cultura%20nacional%20y%20pueblos%20indigenas.pdf>

CHAKRAVARTTY Anjan (2001). "The Semantic or Model-Theoretic View of Theories and Scientific Realism". *Synthese* 127, pp. 325 – 345.

_____ (2015). "Scientific Realism". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.)

CHAVANCE Bernard (2012). *L'économie institutionnelle*. Paris: La Découverte.

CHALMERS Alan (2000). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Madrid: Siglo XXI. [*What is that thing called Science*. University of Queensland Press, 1976]

DALBERG-LARSEN Jorgen (2010). "Alf Ross and the Sociology of Law". Stockholm Institute for Scandinavian Law, pp. 39 – 50.

DE DONATO Xavier (2007). “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales”. *Diánoia* Vol. LXII N 59, pp. 151 – 177.

_____ (2013). “La noción de argumento y el problema de Mill”. *Revista Iberoamericana de Filosofía* 6, pp. 1 – 13.

DE DONATO X. – ZAMORA BONILLA J. (2009). “Credibility, Idealization and Modeling Building: an Inferential Approach”. *Erkenn* 70, pp. 101 – 118.

DE DONATO X. – ARROYO SANTOS A. (2012). “The Structure of Idealization in Biological Theories: The Case of the Wright – Fisher Model”. *J Gen Philos Sci* 43, pp. 11 – 27.

DE LUCA S. – NAVARRO F. – CAMERIERE R. (2013). “La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español”. *Revista electrónica en ciencia penal y criminología* 15, pp. 1 - 19

DESTROYAT Hélène (1980). “Préface historique”. *Archives du philosophie du droit*, Tome 25, pp. 1 – 16. Paris: Sirey.

DERRIDA Jacques (2002). *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos. [Force de loi: le fondement mystique de l'autorité. París, Galilée, 1984]

DIAS R. W. M. (1985). *Jurisprudence*. Londres: Butterworths.

DICKSON Julie (2014). “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

DIÉGUEZ Antonio (2011). El origen evolutivo de la racionalidad humana. En: A. R. Pérez Ronsanz y A. Velasco (coord.) *Racionalidad en ciencia y tecnología: nuevas perspectivas latinoamericanas*. México: UNAM.

DÍEZ J. A. – MOULINES C. U. (1997). *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Barcelona: Ariel.

DWORKIN Ronald (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. [Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1977]

EBENSTEIN William (1947). *La teoría pura del derecho*. México: FCE. [The Pure Theory of Law, 1945]

ECHEVERRÍA Bolívar (2001). *Las ilusiones de la modernidad*. Quito: Tramasocial.

EKLUND Matti (2015). “Fictionalism”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.)

ESCOBAR JIMÉNEZ Christian (2016). “Ethos y formalismo en la teoría de la elección racional”. *Revista de Filosofía de la Universidad de Chile* Vol. 72. pp. 5 – 24.

EVANS William (1980). *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*. New York: The Free Press.

FASSÒ Guido (1982a). *Historia de la Filosofía del Derecho 1*. Madrid: Pirámide. [Storia della filosofia del diritto, 1966]

_____ (1982b). *Historia de la Filosofía del Derecho 2*. Madrid: Pirámide. [Storia della filosofia del diritto. Vol. 2: L'età moderna, 1970]

FERRAJOLI Luigi (2008). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.

FERRATER MORA J. (2001). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel.

FEYERABEND Paul K. (1984). *Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Barcelona: Editorial Orbis. [Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge. Minneapolis, Minnesota: University of Minnesota, 1970]

FINE Arthur (1993-2009). Fictionalism. En: Mauricio Suárez, (ed.) (2009). *Philosophical Essays on Modeling and Idealization*. New York: Routledge.

FINNIS John (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press.

_____ (2015). "Natural Law Theories". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

FITTA QUIRINO J. C. (2010). "La Jurisprudencia no es una ciencia. A 125 años de la muerte de Julius Hermann von Kirchmann". *Argumentos*, Vol. 23, N 64, pp. 313 – 323.

FLORES ÁVALOS Elvia (2006). Jurisprudencia de conceptos. En: González Marín, Nuria (coord.). *Estudios jurídicos en honor a Marta Morineau*. Tomo I. Derecho Romano. Historia del Derecho. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 219 – 232.

FLORES GOMES F. - MORENO G. (1986). *Nociones de derecho positivo mexicano*. México: Porrúa.

FOUCAULT Michel (2002). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets. [*L'Ordre du discours*. Paris, Gallimard, 1971]

FRIEDMAN Michael (1974). "Explanation and Scientific Understanding". *The Journal of Philosophy*, Vol. 71-1, pp. 5-19.

FRIEDMAN Milton (1953). The Methodology of Positive Economics. En: *Essays of Positive Economics*. Univ. Chicago.

FRIGG Roman (2006). "Scientific Representation and the Semantic View of Theories". *Theoria* 55, pp. 49-65.

FRIGG Roman – HARTMANN Stephan (2012). "Models in Science". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

FUCITO Felipe (1999). *Sociología del Derecho: el orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

FULLER Lon L. (1967). *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University Press.

_____ (1969). *Anatomía del derecho*. Caracas: Monte Ávila.

GARCÍA Juan José (2006). "Introducción". En: I. Kant. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Tecnos.

GARCÍA Rolando (2001). "Fundamentos de una epistemología de las ciencias sociales". *Estudios Sociológicos* Vol. XIX N 3, pp. 615 – 620.

GARCÍA AMADO Juan Antonio (1991). "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho* VIII, pp. 341-364

GARCÍA HIGUERA Rubén (2010). "La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart". *Papeles de teoría y filosofía del Derecho* 8, Repositorio de la Universidad Carlos III de Madrid.

GARCÍA MÁYNEZ Eduardo (1960). *La definición del derecho*. Veracruz: Universidad veracruzana.

_____ (2002). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.

_____ (2009). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontanamara.

GIERE Ronald (1988). "Scientific Explanation and the Causal Structure of the World by Wesley C. Salmon". *Philosophical Review*, Vol. 97-3, pp. 444-446.

- GLÜER Kathrin - WIKFORSS Åsa (2016) "The Normativity of Meaning and Content". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.).
- GOBLE George (1934). "Law as a science". *Indiana Law Journal*, Vol. 9 issue 5, Art. 2.
- GOODMAN Nelson (1983). *Fact, Fiction and Forecast*. Cambridge: Harvard University Press.
- GRÜNER Eduardo (1999). "La astucia del león y la fuerza del zorro". En: E. Grüner (ed.) *La filosofía política clásica. De la Antigüedad al Renacimiento*. Buenos Aires: CLACSO.
- GUERRERO PINO Germán (2007). "Van Fraassen y la concepción estructuralista de las teorías". *Praxis Filosófica* N 25, pp. 21 – 38.
- GUILLÉN VERA T. (1994). "Bases filosóficas para la ética y la política en Leibniz". *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, N 83, pp. 273 – 312.
- GUPTA Anil (2015). "Definitions". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Ed. Edward Zalta).
- HAACK Susan (2005). "Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science". *American Journal of Public Health* Vol. 95, pp. S66-S73.
- HABA Enrique (1997). "De la manque de réalisme dans l'actuelle théorie du droit et de ce que pourrait lui apprendre un juriste d'antan". *Architecture, phil, droit* 42, pp. 241 – 256.
- HABERMAS Jürgen (1968). *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos. [Technik und Wissenschaft als „Ideologie“. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1968]
- HANSSON Sven Ove (2015). "Science and Pseudoscience". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward Zalta, ed.).
- HART H. L. A. (1968). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. [The Concept of Law, 1961]
- HEMPEL Carl Gustav (1988). "Provisoes: A Problem Concerning the Inferential Function of Scientific Theories" *Erkenntnis* 28, pp. 147 – 164.
- _____ (1987). *Filosofía de la ciencia natural*. Madrid: Alianza. [Philosophy of Natural Sciences, 1966]
- _____ (1996). *La explicación científica*. Barcelona: Paidós. [Scientific Explanation, 1965]
- HEMPEL C. G. – OPPENHEIM P. (1948). "Studies in the logic of explanation". *Philosophy of Science*, Vol. 15-2, pp. 135-175.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. (1986). "Métodos jurídicos".
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1986-10018300190_ANUARIO_DE_FILOSOFIA%26%23833%3B_DEL_DERECHO_M%26%20todos_jur%26%20dicos pp. 183 – 190.
- HERRERA GONZÁLEZ J. R. (2001). "La lógica del conocimiento y la creencia". *Revista Laguna* 9, pp. 163 – 175.
- HOBSBAWM Eric (1999). *La era de la revolución, 1789–1848*. Buenos Aires: Crítica. [The Age of Revolution: Europe 1789-1848. Weidenfeld & Nicolson, 1962]
- HOFWEBER Thomas (2014). "Logic and Ontology". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward Zalta, ed.).
- HOLMES Oliver Wendell (2009). *The Path of the Law*. The Floating Press.

- HORWICH Paul (1998). *Truth*. Oxford: Clarendon Press.
- JAMESON Dale (1975). "David Lewis on Convention". *Canadian Journal of Philosophy* Vol. 5 N° 1, pp. 73 – 81.
- JARAMILLO ECHEVERRI L. - AGUIRRE GARCÍA J. (2004). "La controversia de Kuhn-Popper en torno al progreso científico y sus posibles aportes a la enseñanza de las ciencias". *Cinta de Moebio* 20
- JARAMILLO ORDÓÑEZ Hernán (2003). *La ciencia y la técnica del derecho*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- JOUANIQUE Pierre (1961). "Rationem Reddere". *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, Vol. 2 – 2, pp. 228-233.
- KANTOROWICZ Hermann (2011). "The Battle of Legal Science". *German Law Journal*, Vol. 12 (11), pp. 2005-2030. ["Der Kampf um Rechtswissenschaft", Berliner Wissenschaft Verlag, 1906/2002]
- KANIA Witold (2006). "Principia Ethica de G. E. Moore y los comienzos de la ética analítica". *Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne* 39 - 2, pp. 347–359
- KAUFMANN Arthur (2007). *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis.
- KELSEN Hans (1965). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA. [*Reine Rechtslehre*, Viena, 1934/1960]
- _____ (2006). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México: Distribuciones Fontamara.
- KIRCHMANN von J. (1848/2015). *La jurisprudencia no es ciencia: el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*. Instituto Pacífico. [*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848]
- KOERTGE Noretta (1975). "An Exploration of Salmon's S-R Model of Explanation". *Philosophy of Science*, Vol. 42-3, pp. 270-274.
- KOLODNY Niko – BRUNERO John (2016). "Instrumental Rationality". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward Zalta (Ed.).
- KRAIEM Ruben (1977). "Sobre la explicación probabilística". *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. 9-25, pp. 93-98.
- KUCSO-STADLMAYER Gabriele (2001). Concepto del derecho y de las normas jurídicas. En: Roberto Walter (ed.). *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado.
- KUHN Thomas (1970). *The Structure of Scientific Revolutions*. The University of Chicago Press.
- LAKATOS Imre (1979). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Ed. Alianza. [*The Methodologie of Scientific Research*. Cambridge University Press, 1978]
- LARENZ Karl (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Ariel. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1960]
- LATOUR Bruno (1987). *Science in action: How to follow Scientist and Engineers through Society*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- LAUDAN Larry (1982). "The Demise of Demarcation Problem". En: R.S. Cohen – L. Laudan (ed.). *Physics, Philosophy and Psicoanalysis, Boston Studies in Philosophy of Sciences* 76, pp. 111 – 129.
- _____ (2006). *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- LEWIS David (1968). *Convention: A Philosophical Study*. Cambridge: Harvard University.

- LELL Helga (2013). "Tres concepciones en torno a la científicidad del Derecho". *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* N 3, pp. 48 – 66.
- LLOREDO ALIX Luis (2013). "Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos, auge y declive". *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad* N 4, pp. 234 – 275.
- LIZCANO Emmanuel (2009). Sociología del conocimiento científico. En: Román Reyes: *Diccionario crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*. Madrid-México: Ed. Plaza y Janés.
- LONCHAMP Jean-Pierre (1992). *Science et croyance*. Paris: Desclée de Brouwer.
- LOMBROSO Cesare (1897). *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, a la giurisprudenza ed ala psichiatria*. Torino: Fratelli Bocca Editori.
- LONGINO Helen (2016). "The Social Dimensions of Scientific Knowledge". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).
- LUHMANN Niklas (2005). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana. [*Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt, Suhrkamp, 1993]
- MANTZAVINOS Crysostomos (2010). "Institutions". En: Ian Jarvie y Jesús Zamora Bonilla (ed.). *The Sage Handbook of the Philosophy of Social Sciences*. Sage Publications. pp. 399 – 412.
- MARGOLIS Eric - LAURENCE Stephen (2014). "Concepts". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).
- MARMOR Andrei (2016). "The Pure Theory of Law". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).
- MARMOR Andrei – SARCH Alexander (2015). "The Nature of Law". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).
- MAYR Ernst (2006). *¿Por qué es única la biología?* Buenos Aires: Ed. Katz. [*What Makes Biology Unique*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004]
- MELIÁN VEGA Julián (2004). "Métodos de la ciencia jurídica". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* 8/9-2003/04, pp. 178-187.
- MENDONCA Daniel (1998). "Presunciones". *Doxa* 21-I, pp. 83-98.
- MENÉNDEZ Agustín José (2001). *Justifying Taxes: Some Elements for a General Theory of Democratic Tax Law*. Springer Science-Business.
- MILLER MOYA Luis Miguel (2009). "La noción de convención social: una aproximación analítica". *Papers* 91, pp. 29 – 43.
- MORA Jhon James (2002). "Convenciones en juegos puros de coordinación simétrica 2x2". *Cuadernos de Economía*, Vol. 21 N 37.
- MORA RESTREPO Gabriel (2005). *Ciencia jurídica y el arte del Derecho*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- MORÁN Y CASTELLANOS J. (1997). "La argumentación to hoti en Aristóteles". *Tópicos* 12, pp. 73 – 96.
- MONTORO BALLESTEROS (1993). *El derecho como sistema normativo*. Universidad de Murcia.
- MORA BURGOS Gerardo (2003). "Racionalidad y tipos de racionalidad". *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XII (103), pp. 93-100.

MORINEAU Marta (2004). "Un acercamiento a Savigny". *Anuario mexicano de historia del derecho* N 16, pp. 187 – 200.

MOULINES Carlos Ulises (2002). "Introduction: Structuralism as a Program for Modelling Theoretical Science" *Synthese* 130, N°.1, pp. 1-11.

_____ (2011). *El desarrollo moderno de la filosofía de la ciencia (1890-2000)*. México: UNAM. [Die Entwicklung der modern Wissenschaftstheorie (1890-2000):eine historische Einführung, Hamburg, 2008]

NAGEL Ernest (1979). *The Structure of Science: Problems in the logic of Scientific Explanation*. Routledge.

NELSON Richard (2007). "Universal Darwinism and Evolutionary Social Science". *Biology and Philosophy* 22, pp. 73 – 94.

NIINLUOTO Ikka (2015). "Scientific Progress". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

NINO Carlos Santiago (2014). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

NÚÑEZ VAQUERO Álvaro (2013). "Five Models of Legal Science". *Revus* 19 (online), pp. 53 – 81.

_____ (2014). "Dogmática jurídica". *Eunomía: Revista en Cultura de la legalidad*, N°6 marzo 2014, pp. 245 – 260.

OLIVARES BIEC, Vicente (1877). *Historia del derecho romano*. Madrid: Tipográfica de Eduardo Cuesta.

OIT (Organización Internacional del Trabajo)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

PALOMBELLA Gianluigi (1999). *Filosofía del Derecho Moderna y Contemporánea*. Tecnos, Madrid. [Filosofía del diritto. CEDAM, 1996]

PICKER Randal (1994). "An Introduction to Game Theory and the Law". *Chicago Working Paper in Law & Economics*.

POPPER Karl (1980). *Lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos. [Logik der Forschung, 1934]

_____ (1974–1995). "El problema de la demarcación". En: *David Miller, Popper, escritos selectos*. México: FCE.

_____ (2005). *El mito del marco común*. Barcelona: Paidós. [The Myth of the Framework: In Defence of Science and Rationality. Psychology Press, 1996]

POINCARÉ Henri (1914). *Ciencia y método*. ILCE. [Science et méthode. Paris, Flammarion, 1908]

POVEDA MORENO C. (2007). "Justicia indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones". *Foro, Revista de Derecho de la UASB – CEN*, pp. 180 – 189.

POUND Roscoe (1940). "What is law?". *West Virginia Law Quaterly* Vol. XLVII N 1.

PRIBAN Jiri (2003). "Legalist Fictions and the Problem of Scientific Legitimation". *Ratio Juris* Vol. 16-1, pp. 14 – 36.

PRIETO VALDÉS Martha (2001). "El derecho como ciencia". www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto4_301001.htm

PUTNAM Hilary (1973). "Meaning and reference". *The Journal of Philosophy*, Vol. 70 (19), pp. 699-711

RASMUSEN Eric (2006). Introduction. En: *Law and Game Theory*. Edward Elgar Publishing.

RAMÍREZ LUDEÑA L. – VILAJOSANA Josep (2016). “Presentación”. En: Josep Vilajosana (ed.). *Convencionalismo y derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

RAWLS John (1975). *Teoría de la justicia*. México: FCE. [*A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971]

RESCORLA Michael (2015). “Convention”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

REUTLINGER Alexander – SCHURZ Gerhard – HÜTTEMANN Andreas (2017). “Ceteris Paribus Laws”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.).

RICKERT Heinrich (1965). *Ciencia cultural y ciencia natural*. Madrid: Espasa Calpe. [*Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1899]

RIBEIRO DOS SANTOS Leonel (2008). “Las ficciones de la razón, o el kantismo como ficcionalismo. Una reapreciación de Die Philosophie des als ob de Hans Vaihinger”. *Devenires* IX 18, pp. 25 – 52.

RIEDEL Manfred (1977). *Metafísica y metapolítica II*. Buenos Aires: Editorial Sur. [*Metaphysik und Metapolitik*. Frankfurt, Surkamp Verlag, 1975]

RODRÍGUEZ Darío (2005). Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. En: Luhmann N. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.

RODRÍGUEZ MOLINERO Marcelino (1992). “La doctrina del Derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y Derechos Humanos* 26, pp. 291 – 305.

RODRÍGUEZ PANIAGUA J. M. (1987). “Rudolf von Ihering”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, N 4, pp. 249 – 272.

ROJAS AMANDI Víctor Manuel (2006). “El concepto de Derecho en Ronald Dworkin”. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM* N 246, pp. 355 – 412.

_____ (2006b). “Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica”. *Revista Jurídica Universidad Iberoamericana* N 36, pp. 385 – 420.

RORTY Richard (ed.) (1967). *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*. The University Chicago Press.

ROSS Alf (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Ed. Universitaria. [On Law and Justice, 1959]

_____ (2008). “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural”. *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho* N 2, pp. 199 – 220.

_____ (2014). “Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit”. *Revus* 24 (Online), pp. 9 – 33. [“The 25th anniversary of Theory Pure of Law”]

ROUSSEAU Jean-Jacques (1987). *El Contrato Social*. Madrid: Alba. [*Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, 1762]

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2002). *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Ed. Trotta.

SALMON Wesley (1984). *Scientific Explanation and the Causal Structure of the World*. Princeton University Press.

_____ (1998). *Causality and Explanation*. Oxford University Press.

SALVADOR CODERCH P. – RUBÍ PUIG A. (2008). “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”. *InDret Revista para el análisis del Derecho* 1, pp. 1 – 63.

SAVIGNY von Friedrich Karl (1979). *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma.

SCHIELE MANZOR Carolina (2008). “La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia”. Trabajo monográfico para la Universidad Católica de Chile, pp. 181 – 200.

SCHMIDT Michael (2001). “La doctrina de Kelsen y la lógica de las normas”. En: R. Walter (ed.). *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá: Universidad Externado.

SCMITT Carl (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos. [Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934]

SEIDL Dominik – VAN AEKEN Dominik (2009). Anticipating critique and occasional reason: modes of reasoning in the face of a radically open future. En: L. A. Constanzo – R. B. McKay. *Handbook of Research on Strategy and Foresight*.

SKINNER Quentin (1993). *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La Reforma*. México: FCE. [The Foundations of Modern Political Thought: Volume II: The Age of Reformation. Cambridge University Press, 1978]

SMITH Peter (2007). “New Legal Fictions”. *GEO Law Journal* 95, pp. 1435-1495.

SIMON Herbert (1982). “Rationality in Psychology and Economics”, *The Journal of Business*, Vol. 59, N. 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, pp. S209 – S224.

SOKAL A. – BRICMONT J. (1999). *Imposturas intelectuales*. Buenos Aires: Paidós. [Impostures intellectuelles. Paris, Odile Jacob, 1997]

SORIANO DÁVILA S. A. (2007). “La norma fundante como ficción jurídica y su relación con la construcción social de la realidad”. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 9 N 5, pp. 257 – 273.

STAMMLER Rudolf (1925). *The Theory of Justice*. New York: The Macmillan Company. [Theorie der Rechtswissenschaft, 1923]

STEINBERG Florian (2014). “Frege and Carnap on the Normativity Logic”. *Synthese*. Springer.

STEVENSON Charles Leslie (1937). “The Emotive Meaning of Ethical Terms”. *Mind, New Series* Vol. 46, N° 181, pp. 14 – 31.

SUÁREZ Mauricio (2009). Fictions in Scientific Practice. En: Mauricio Suárez (ed.). *Fictions in Science: Philosophical Essays on Modeling and Idealization*. New York: Routledge.

_____ (2009b). La filosofía de la ciencia y la economía de Nancy Cartwright. En: J. C. García Bermejo (editor), *Sobre la economía y sus métodos*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 383 – 394.

SUPPE Frederick (1991). *La estructura de las teorías científicas*. Madrid: Editora Nacional. [The Structure of Scientific Theories, Urbana: University of Illinois, 1977]

_____ (2000). “Understanding Scientific Theories: An Assessment of Developments, 1968-1998”. *Philosophy of Science*, Vol. 67”, pp. S102-S115.

TARSKI Alfred (1944). “The Semantic Conception of Truth”. *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (3), pp. 341-376.

TARUFFO Michelle (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.

TERRE François (1980). “La «crise de la loi»”. *Archives du philosophie du droit*, Tome 25, pp. 17 – 28. Paris: Sirey.

TEUBNER Gunther (1997). El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. Universidad de Alicante: Espagrapic. ["How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law". *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757]

TOLEDO NICKELS Ulises (1999). "Ciencia y pseudociencia en Lakatos: La falsación del falsacionismo y la problemática de la demarcación". *Cinta de Moebio* 5, pp. 51 – 60.

TURNER Stephen (2010). *Explaining the normativity*. Cambridge: Polity Press.

VAIHINGER Hans (1968). *The Philosophy of 'As if'. A system of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. Londres: Routledge and Kegan Paul Ltd. [*Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Meiner, 1911]

VÁSQUEZ SANTAMARÍA J. (2014). "Kirchmann contra el derecho: la necesidad de reevaluar una ciencia social rendida". *Summa Iuris* 2 (2), pp. 252 – 274.

VEGA Jesús (2000a). *La idea de ciencia en el derecho*. Oviedo: Pentalfa.

_____ (2000b). "Praxis y normatividad como criterio de «cientificidad» jurídica. *Doxa* 23, pp. 503 – 559.

_____ (2009). "Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del derecho". *Doxa* Nº 32, pp. 375 – 414.

VULLIERME J. L. (1980). "La loi dans le droit, les sciences, la métaphysique: premières tentatives d'orientation". *Archives du philosophie du droit*, Tome 25, pp. 47 – 78. Paris: Sirey.

WALTER Roberto (ed) (2001). *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá: Universidad Externado.

WEBER Max (1998). *Ensayos sobre sociología de la religión*. Tomo I. Madrid: Taurus. [*Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 1920]

_____ (2009). *La objetividad del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Madrid: Alianza. [*'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904]

_____ (2014). *Economía y sociedad*. México: FCE. [*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922]

WELLMER Albrecht (2013). *Líneas de fuga de la modernidad*. Buenos Aires: FCE.

WINTHER Rasmus Grønfeldt (2016). "The Structure of Scientific Theories". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.)

WITTGENSTEIN Ludwig (s/a). *Tractatus Logico-Philosophicus*. [*Logische-Philosophische Abhandlung*. 1921]

http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein_Tractatus_logico_philosophicus.pdf

WOODWARD James (2014). "Scientific Explanation". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward Zalta, ed.)

WOLIN Sheldon (2012). *Política y perspectiva: continuidad e innovación en el pensamiento político occidental*. México: FCE. [*Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought*. Princeton University Press, 1960/2004]

YOUNG, J.O. (2013). "The Coherence Theory of Truth". Stanford Encyclopedia of Philosophy. (Edward Zalta, ed.).

ZAMORA BONILLA Jesús (2001). "En defensa de algunas distinciones: comentario a la ponencia de Eulalia Pérez Sedeño". *Ágora: papeles de filosofía* 20/1, pp. 135 – 138.

_____ (2008). “Es la ciencia un mercado de ideas”. *Artefacto* N° 1 (1), p. 71 – 80.

ZAVADIVKER Nicolás (2008). “Alfred Ayer y la teoría emotivista de los enunciados morales”. *Anuario filosófico* XLI/3, pp. 661-685.

ZEPEDA HERRERA F. (2008). *Introducción a la psicología: una visión científico humanística*. México: Pearson.

ZULETA Estanislao (2007). *Psicoanálisis y Criminología*. Medellín: Hombre Nuevo Editores.



